



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**AS JOINT VENTURES E A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA  
ESTUDO DE CASO: FORMAÇÃO DO CONSÓRCIO CONPACEL ENVOLVENDO  
AS EMPRESAS RIPASA, SUZANO E VOTORANTIM**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília como requisito para  
conclusão do Bacharelado em Direito.

**Aluna: Thais Fróes Fraga**

**Professor Orientador: Daniel Amin**

**Brasília, DF  
2010**

*Dedico o presente trabalho aos meus pais.*

*Agradeço e dedico este trabalho aos meus pais e irmã Aline Fraga, aos amigos Ariane Guimarães, Tereza Braga e Dixmer Neto, amigos de todas horas, que sempre me inspiraram e encorajaram e sem os quais não teria sido possível a elaboração deste trabalho de pesquisa. Agradeço ao meu orientador, professor Daniel Amin, que apesar de nossas agendas, não apenas soube entender meus questionamentos como também me apoiou e incentivou durante o processo.*

## RESUMO

FRAGA, Thais Fróes. *As joint ventures e a Defesa da Livre Concorrência. Estudo do caso: Formação de Consórcio envolvendo as empresas Ripasa, Suzano e Votorantim*. Monografia de graduação. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro de Ensino Unificado de Brasília, 2010.

Monografia sobre as *joint ventures* e a defesa da concorrência e o estudo de caso da incorporação da Ripasa S/A pelas empresas Suzano Bahia Papel e Celulose e Votorantim Celulose e Papel S/A, uma *joint venture* cooperativa de produção na modalidade consórcio. A pesquisa inicia-se com a apresentação do caso concreto em seus diversos aspectos. Em seguida, apresenta-se a base doutrinária para a análise do caso, explicando os conceitos de *joint venture*, seu surgimento, importância e base contratual, aplicação do direito civil ou empresarial e leis aplicáveis à *joint venture* no direito brasileiro. Logo após, introduz-se os conceitos de concorrência, regulação, intervenção do Estado na economia, livre concorrência e livre iniciativa, oferta e demanda, elasticidade, mercado relevante, poder de mercado, condições de entrada, rivalidade, termos de compromisso de desempenho, remédios estruturais e comportamentais, eficiências, entre outros. Por fim, faz-se um parâmetro entre o caso concreto e a doutrina, avaliando as saídas tomadas pelas autoridades e as bases doutrinárias, bem como os seus pontos de convergência, divergência dentro das diversas linhas de pensamento existentes, ressaltando aspectos como trocas de informações privilegiadas ativismo judicial, melhor forma de controle estatal e diversos outros.

**Palavras chaves:** *Joint-ventures*- cooperação empresarial – consórcio- concorrência – livre iniciativa

## SUMÁRIO

Introdução.....	7
Lista de Abreviaturas e Siglas.....	6
Capítulo 1 – A apresentação do Caso RIPASA – Ato de Concentração 08012.010192/2004-77 e Ato de Concentração 08012.010195/2004-9	
Seção I – Breve histórico do caso .....	10
Seção II – Qualificação das Partes.....	15
Seção III – Mercado Relevante.....	17
1.III.1 – Conceito de Mercado Relevante para fins de análise do caso..	17
1.III.2 – O Mercado Relevante para o caso Ripasa/Suzano/VCP.....	18
1.III.2.1 Dimensão Produto.....	19
Seção V – Análise do Termo de Compromisso de Desempenho (TCD).....	26
Capítulo 2 – Da análise doutrinária do Caso RIPASA – Ato de Concentração 08012.010192/2004-77 e Ato de Concentração 08012.010195/2004-19	
Seção I - <i>Joint Ventures</i> : noções gerais.....	30
2.I.1 – <i>Joint Ventures</i> e Globalização.....	30
2.I.2 – Conceito de <i>Joint Ventures</i> .....	32
2.I.3 – Características das <i>Joint Ventures</i> .....	33
2.I.4 – Classificações das <i>Joint Ventures</i> .....	34
2.I.5 – Formação do contrato das <i>Joint Ventures</i> .....	35
2.I.6 – Acordo base .....	37
2.I.7 – Contratos satélites.....	37
Seção II – Da Livre Concorrência.....	39
2.II.1 – Livre iniciativa e livre concorrência.....	39
2.II. 2 – Concorrência perfeita, Monopólio e Oligopólio.....	42
2.II. 3 – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.....	46
2.II. 4 – A regra da Razão.....	50
2.II.5 – Restrições.....	52
Seção III - <i>Joint ventures</i> e defesa da livre concorrência: Da aplicação doutrinária ao caso concreto.....	54
Conclusão.....	60
Bibliografia.....	65
1.III.2.2 Dimensão Geográfica.....	20
Seção IV – Da análise do caso sob a perspectiva do Conselheiro Relator...	23
Seção IV – Resultado do Julgamento.....	25

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	
Suzano Bahia Papel e Celulose S.A	Suzano
Ripasa S.A	Ripasa
Votorantim Celulose e Papel	VCP
Comissão de Valores Mobiliários	CVM
Bolsa de Valores de São Paulo	BOVESPA
Consórcio Paulista de Papel e Celulose	Consórcio Conpacel
Contrato de Compra e Venda de Ações	Contrato
Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência	CADE
Secretaria Econômica de Acompanhamento Econômico	SEAE
Secretaria de Direito Econômico	SDE
Ato de Concentração	AC
Papéis de Imprimir e Escrever	PIER
Papéis para Imprimir e Escrever não revestidos	PIENR
Celulose de fibra curta branqueada	CFCB
Papel de Imprimir e Escrever não revestido no formato <i>cut size</i>	PIECS
Papel Cartão	PC
Termo de Compromisso de Desempenho	TCD
Associação Brasileira de Celulose e Papel	Bracelpa
International Paper	IP
Nobrecel	Nobrecel
Lei das Sociedades por Ações	LSA
Federal Trade Commission	FTC
Companhia Siderúrgica do Atlântico	CSA
Unidades e Separação de Ar - Air Separation Units	ASUs

## INTRODUÇÃO

Considerando o contexto político-econômico atual, são vários os argumentos que justificam um trabalho de pesquisa sobre as *joint ventures* e a defesa da livre concorrência. O principal deles é decorrente da internacionalização das fronteiras políticas, econômicas e culturais que tem por consequência o crescimento da concorrência, seja esta leal ou desleal.

A globalização econômica impõe às empresas novo ritmo de crescimento. Para se tornarem competitivas, sobreviver junto às multinacionais e ingressar em outros mercados, as empresas encontraram como alternativa para se tornarem mais competitivas a concentração empresarial. Dentre as modalidades de concentração, estão incluídas as fusões, a incorporação, a cisão, a aquisição de controle, a formação de grupos, a constituição de *joint ventures*, a formação de consórcio, a constituição de subsidiárias integrais, a cessão de ativos, e quaisquer outros acordos que apresentassem tal tendência.

O objeto deste estudo, contudo, é focado na formação das *joint ventures*, interessante, portanto, seu estudo na medida em que implicam na cooperação entre empresas para atuar num projeto comum para a realização de uma atividade econômica independente e, na maior parte dos casos, com o escopo de lucro. Com a união das empresas, é possível obter sucesso em áreas e projetos que não poderiam anteriormente ser bem sucedidos, seja pela ausência de capital ou pela expertise.

Nesse sentido, a livre concorrência tem papel decisivo na garantia de igualdade de condições para competição entre os diversos agentes que atuam no espaço econômico comum. Isso porque, quando se tem dois competidores se associando, existe a redução dos agentes de mercado atuantes neste espaço. Se, por um lado, as empresas são

beneficiadas, por outro pode haver diminuição do bem estar social do consumidor, decorrente da redução do número de oferta de determinado produto ou serviço.

Sobre o assunto, é importante destacar que estudiosos e autoridades têm manifestado temor quanto ao aumento da concentração econômica, dos acordos ilegais e das medidas protecionistas. Todos eles podem ser vistos como soluções tentadoras para manter ou aumentar a lucratividade, especialmente em períodos de recessão. No Brasil e no mundo, cresce o combate aos acordos entre concorrentes para fixar preços ou dividir mercado.

No caso das *joint ventures* é necessário um cuidado adicional, uma vez que a independência da atividade econômica destas, aliada a dependência jurídica e à possibilidade de atuação no mesmo mercado das empresas que dela participam, torna fácil a troca de informações entre concorrentes. Essa troca de informações pode ser traduzida na tomada de decisões conjuntas e na coordenação de condutas que podem implicar em malefícios para o consumidor.

Nesse diapasão, é mandatória a mensuração do bem estar social decorrente da formação de uma *joint venture*. Esse é o trabalho das autoridades antitruste, analisar até que ponto cooperação e concentração são aceitáveis sem interferência no ambiente concorrencial saudável. Esse estudo também será feito aqui por meio da análise do caso concreto, pois é a natureza específica de cada um dos acordos que irá determinar se existe ou não restrição à concorrência

O problema consiste em saber em que medida é legítima a intervenção estatal na economia e na livre iniciativa. Há mais de uma vertente para solucionar esse problema. Existem aqueles que entendem que a concorrência predatória seria benéfica ao consumidor pois a existência da conduta coordenada leva à maior eficiência das empresas e à consequente redução de preços. O Brasil é contra tal conduta, havendo previsão de combate



ao comportamento que vise criar dificuldades ao funcionamento das concorrentes. Por outro lado, não se pode restringir excessivamente a atuação das empresas de forma a inviabilizar a sua atividade econômica.

Como são muitas as possibilidades, a escolha do caso da compra do complexo industrial; da Ripasa pelas empresas Votorantim e Suzano serve de exemplo para ilustrar quais os elementos devem ser considerados no estudo em questão, bem como as dificuldades e posicionamentos adotados pelas autoridades antitruste na análise do caso concreto.

Trata-se de um caso complexo e de difícil solução haja vista o caráter oligopolista no mercado em que as empresas protagonistas atuam, bem como a necessidade de sobreposição vertical e horizontal dos setores envolvidos para a manutenção de preços competitivos. Desta feita, a aquisição do complexo industrial da empresa Ripasa significa uma considerável otimização nos custos de produção para as empresas adquirentes, com a possibilidade de gerar eficiências às custas da transferência de renda do consumidor para o produtor viabilizada pela possibilidade do exercício do poder de mercado pelo último. É provável, ainda, a extensão dos limites da cooperação empresarial para limites que ultrapassam os aceitáveis para as autoridades competentes.

# **1 APRESENTAÇÃO DO CASO RIPASA – ATO DE CONCENTRAÇÃO 08012.010192/2004-77 E ATO DE CONCENTRAÇÃO 08012.010195/2004-19**

## **SEÇÃO I BREVE HISTÓRICO DO CASO**

Em 02 de dezembro de 2004, foi apresentado ao Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência<sup>1</sup>, por Suzano Bahia Papel e Celulose S.A (Suzano) e Ripasa S/A Celulose e Papel (Ripasa), o *Contrato de Compra e Venda de Ações* celebrado, em 10 de novembro de 2004 (o qual foi autuado como Ato de Concentração<sup>2</sup> n.º 08012.010195/2004-19). Nesse mesmo dia, a Votorantim Celulose e Papel S/A (VCP) e Ripasa também apresentaram o mesmo contrato (o qual foi autuado como Ato de Concentração n.º 08012.010192/2004-77).

Trata-se da aquisição, pela Suzano, de metade das ações ordinárias e preferenciais, direta ou indiretamente, detidas pelas famílias controladoras da Ripasa, as famílias Zogbi, Derani e Zarzur; e da aquisição, pela VCP, dos 50% remanescentes do capital social da Ripasa detido pelos alienantes.

Nos termos do art. 54, *caput*, e § 3º, da Lei 8.884/94, a submissão do ato é obrigatória pois, além de registrarem faturamento superior a R\$ 400 milhões no Brasil, as

---

<sup>1</sup> O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto por três estruturas: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF), Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). À Seae/MF e à SDE/MJ cabe a instrução dos atos de concentração e a investigação de condutas anticompetitivas. Ao Cade cabe o julgamento dos processos instruídos pelas secretarias. Importante destacar que, nas operações envolvendo o setor de telecomunicações, as funções da Seae/MF e da SDE/MJ ficam a cargo da Anatel. Fonte: Guia de Análise Econômica – Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50 de 1º de agosto de 2001.

<sup>2</sup> O processo de análise pelo SBDC das operações de fusão, aquisição, *joint-ventures* etc. é conhecido por Ato de Concentração. As operações que apresentam determinadas características – faturamento no Brasil superior a R\$ 400 milhões ou participação de mercado maior ou igual a 20% - devem obrigatoriamente ser notificadas ao SBDC. O artigo 54 da Lei 8.884/94 trata dos atos de concentração e das condições para que as operações sejam aprovadas pelo Cade. Fonte: Guia de Análise Econômica – Portaria Conjunta SEAE/SDE

empresas envolvidas apresentaram participação conjunta superior a 20% nos mercados afetados pela presente operação.

O propósito da transação é promover o cancelamento do registro de companhia aberta da Ripasa, para transformá-la em unidade produtiva, cabendo a sua produção a cada um dos compradores, na proporção de 50%, que a comercializariam de forma independente.

Para tanto, o processo de incorporação da Ripasa por VCP e Suzano foi realizado em duas etapas. Inicialmente, as ações da Ripasa foram transferidas dos seus controladores originários para uma outra sociedade, a qual teria propósito específico e seria detida pela Suzano e VCP, na proporção de 50% cada uma.

Em seguida, esta nova sociedade realizou a operação de fechamento de capital e cancelamento do registro de companhia aberta da Ripasa junto à CVM e à BOVESPA<sup>3</sup>. Após, a sociedade foi incorporada pela Ripasa que, ato contínuo, foi incorporada por Suzano e VCP, com ativos em regime de condomínio, registrados nas demonstrações financeiras de Suzano e VCP ao percentual de 50% para cada uma.

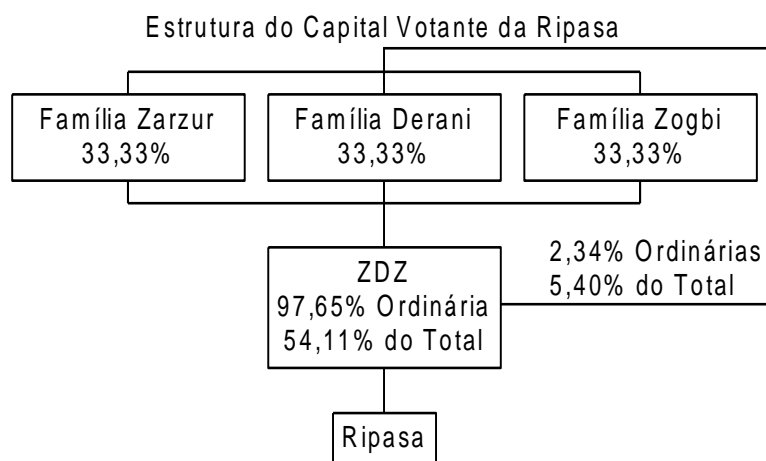
Suzano e VCP afirmaram que a intenção não é exercer o controle compartilhado da Ripasa. Segundo estas, os ativos da Ripasa, detidos por Suzano e VCP sob regime de condomínio, seriam administrados na forma de consórcio – o denominado “Consórcio Paulista de Papel e Celulose” (“Consórcio Conpacel”).

Para um melhor entendimento, a operação pode ser visualizada por meio das **Figuras 1 e 2** abaixo, refletem a estrutura societária das empresas envolvidas na operação, antes e após o seu fechamento:

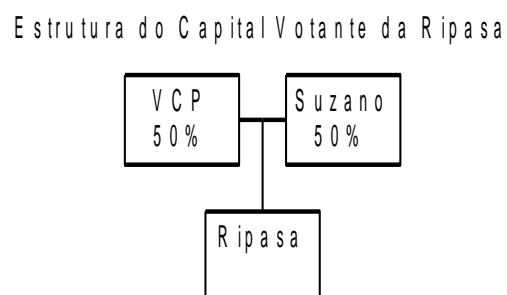
---

<sup>3</sup> De acordo com informações do parecer da SEAE, o capital social da Ripasa foi fechado em 30/06/2006.

### ANTES DA OPERAÇÃO<sup>4</sup>



## APÓS A OPERAÇÃO<sup>5</sup>



<sup>4</sup> Gráfico retirado do voto do Relator, Luiz Fernando Schuartz na análise conjunta dos Atos de concentração 0812.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19.

<sup>5</sup> Gráfico retirado do voto do do Relator, Luiz Fernando Schuartz na análise conjunta dos Atos de concentração nº 0812.010192/2004-77 e nº 08012.010195/2004-19.

Nesse sentido, os ativos produtivos da Ripasa continuariam operantes sob a responsabilidade do Gerente do Consórcio Conpacel. Isso porque o contrato determinou que, uma vez transformada a atual Ripasa em unidade de produção, a gestão do consórcio seria comandada por um Gerente Operacional com independência no gerenciamento da fábrica, e com responsabilidade de atender os objetivos de produção da unidade.

Este Gerente Operacional do Centro de Produção, de forma autônoma e independente, é o responsável por negociar e adquirir insumos para o funcionamento da unidade fabril, salvo se outra forma mais adequada de gestão operacional for acordada pelos Consorciados. Outra determinação é a de que os produtos fossem entregues a Suzano e VCP, nos seus respectivos armazéns e na proporção de 50% para cada consorciado, para que as mesmas então, de forma independente, possam comercializá-los no mercado, conforme suas respectivas políticas comerciais, estratégias e marcas.

Segundo informações reproduzidas dos autos, a administração dos ativos de uma das unidades seria gerida da seguinte forma:

o princípio de operação da planta de Americana será o de “comoditização” da produção de papéis da Ripasa na forma de padronização dos produtos industrializados nessa unidade fabril. Quanto à operacionalização do consórcio, haverá sistema de administração independente da planta de Americana, com administradores e funcionários sem qualquer vínculo com a Suzano e VCP. A produção de papel na unidade de Americana será desvinculada da demanda da Suzano e da VCP, ficando vedada qualquer forma de troca de informações entre a administração de Americana, Suzano e VCP sobre o conteúdo comercial, de mercado ou concorrencial.”

Dentre as cláusulas apresentadas no contrato de gestão da Conpacel<sup>6</sup>, estão as seguintes:

**“Cláusula Sexta – Da Reunião dos Consorciados e da Reunião entre Consorciado e o Gerente Geral**

(...)

Os **Conсорciados** poderão se reunir entre si para deliberar exclusivamente sobre assuntos relacionados ao **Consórcio**, limitados às seguintes matérias:

- (a) alteração ou aditamento deste Contrato;
- (b) nomeação e destituição do **Gerente Geral**;

---

<sup>6</sup> Cláusulas contratuais reproduzidas do voto do Conselheiro Relator, Luiz Fernando Schuartz na análise conjunta dos Atos de concentração nº 0812.010192/2004-77 e nº 08012.010195/2004-19.

(c) dissolução, transformação, liquidação ou qualquer outra modificação da forma atual do **Consórcio**;

(d) participação em Comissão de Impasse, na forma da Cláusula Décima Nona;

(e) escolha dos Auditores Independentes; e

(f) prestação de garantias de qualquer natureza.

As seguintes matérias serão necessariamente submetidas pelo **Gerente Geral** à deliberação de cada **Consortiado**, que deliberará em reuniões separadas, sendo que somente poderão ser implementadas após a aprovação de cada um dos **Consortiados**:

(a) aquisição, alienação ou oneração de quaisquer **Imóveis, Máquinas e Equipamentos** operacionais do **Consórcio**;

(b) aprovação para a celebração de quaisquer contratos ou atos de qualquer natureza e objeto, cujos valores importem, individual ou globalmente, em montante superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de Reais), corrigidos anualmente pelo IGP-M/FGV, excetuados aqueles atinentes às compras de matéria prima e material intermediário;

(c) aprovação do **Orçamento Operacional**, do **Plano Operacional** e do **Plano de Manutenção Anual** apresentados por **Americana**, e de suas revisões, na forma prevista neste Contrato;

(d) indicadores operacionais do **Consórcio**, cujas medições **Americana** deverá disponibilizar com periodicidade aos **Consortiados**; e

(e) aprovação de código de conduta operacional;

O **Gerente Geral** poderá, ainda, reunir-se com equipes técnicas dos **Consortiados** para deliberar sobre questões exclusivamente operacionais de **Americana**, sempre que necessário para o exercício das suas atribuições na gestão das atividades produtivas do **Consórcio**, cumprindo estritamente com suas obrigações e sujeito às responsabilidades e limitações previstas neste instrumento, especialmente no que dispõe a Cláusula Décima Primeira, infra.

**Parágrafo Primeiro** – As deliberações nas reuniões referidas acima limitar-se-ão aos aspectos operacionais do **Consórcio**, permanecendo os **Consortiados** como agentes econômicos independentes, sem qualquer troca de informações sobre qualquer elemento que diga respeito a condições operacionais ou comerciais de cada **Consortiado**, ficando absolutamente vedada qualquer forma de integração de operações ou de interesses entre os **Consortiados**.

**Parágrafo Segundo** – Nas deliberações sobre as matérias indicadas, nenhum dos **Consortiados** poderá impor qualquer tipo de restrição comercial ao **Consórcio** ou limitar por qualquer forma a autonomia do **Gerente Geral**, devendo as situações de impasse ser dirimidas na forma prevista neste Contrato.

**Parágrafo Terceiro** – As deliberações devem, ainda, garantir a produção no limite da capacidade instalada ou maior, se possível, inclusive produtos padronizados (para estoque), para todos os **Empreendimentos**.

**Parágrafo Quarto** – Nas deliberações sobre a aprovação do **Orçamento Operacional**, do **Plano Operacional** e do **Plano de Manutenção Anual** apresentados por **Americana**, e de suas revisões, o **Gerente Geral** e cada **Consortiado** não poderão abordar assuntos relativos a preços de matérias primas ou qualquer outra variável comercial do respectivo **Consortiado**, atendo-se apenas aos aspectos operacionais de **Americana**, nos termos da Cláusula Sétima, infra.

(...)

**Parágrafo Sétimo** – As deliberações somente serão tomadas quando aprovadas por ambos os **Consorticiados**, mesmo que separadamente.

(...)

**Cláusula Sétima – Plano Operacional Anual e Orçamento Operacional Anual**

**Americana** apresentará, e os **Consorticiados** separadamente aprovarão, o **Orçamento Operacional** anual e o **Plano Operacional** anual, contemplando a produção, no limite da capacidade instalada ou maior, se possível, inclusive produtos padronizados (para estoque), para todos os **Empreendimentos**. Os **Consorticiados** serão responsáveis pelos **Provisionamentos de Caixa**, consistentes no fornecimento do numerário necessário à viabilização dos planos, assumindo obrigatoriamente a titularidade correspondente de retirada de sua **participação** de 50% (cinquenta por cento) dos produtos acabados.

**Parágrafo Primeiro** – O **Orçamento Operacional** anual detalhará os custos diretos da operação consorciada, restringindo-se à projeção dos custos industriais e administrativos das **UFV** e de **Americana**, assim como aos tributos próprios dos mesmos tais como o IPTU, as Taxas de Licença, Lixo e etc., e as contribuições e retenções ligadas à folha ou contratação de terceiros.”

**Cláusula Oitava – Limitação ao Acesso de Informação**

Fica proibida qualquer troca de informações relativas a questões comerciais, de mercado e concorrenciais entre os **Consorticiados** (inclusive seus respectivos empregados), e entre os **Consorticiados** e qualquer membro do quadro de empregados do **Consórcio**.

**Parágrafo Primeiro** – Fica igualmente vedada a transmissão à **Americana**, por quaisquer dos **Consorticiados**, a qualquer título, de informações relacionadas à tecnologia proprietária dos **Consorticiados**.

**Parágrafo Segundo** – Os **Consorticiados** ficam proibidos de trocar informações entre si, atinentes aos seus respectivos negócios, que versem sobre questões comerciais, de mercado e concorrenciais (inclusive por seus empregados). <sup>7</sup>

Como se pode inferir das informações prestadas pelas empresas nos autos, a

idéia é a formação de uma sociedade totalmente independente das empresas Suzano e VCP, com autonomia para o Gerente do Consórcio “Conpacel”, de modo que não haveria troca de informações entre as empresas consorciadas, exceto no que tange os interesses do consórcio.

## **SEÇÃO II – QUALIFICAÇÃO DAS PARTES**

A constituição de uma *joint venture* cooperativa de produção na forma de consórcio permite que empresas concorrentes cooperem entre si para um fim específico, no

---

<sup>7</sup> Cláusulas contratuais reproduzidas do voto do Relator, Luiz Fernando Schuartz, na análise conjunta dos Atos de concentração nº 0812.010192/2004-77 e nº 08012.010195/2004-19.

caso a produção conjunta de papel e celulose, permanecendo como concorrentes nos mercados em que atuam. A cooperação entre competidores muitas vezes se pode caracterizar lesão à concorrência, e por isso, torna-se necessário qualificar as partes envolvidas para uma análise dos mercados relevantes e a participação de cada um deles. No caso em comento, as empresas Suzano, VCP e Ripasa.

A Suzano é uma empresa do grupo Suzano, que atua principalmente nos setores de papel, celulose, química, petroquímica e resinas termoplásticas<sup>8</sup>. Com relação ao setor de papel e celulose, a empresa é integrada, ou seja, atua desde o plantio do eucalipto até a distribuição dos papéis que produz<sup>9</sup>.

A VCP é uma empresa pertencente ao grupo Votorantim (“Grupo Votorantim”) que atua na produção, comercialização e distribuição de celulose e papel, bem como nas áreas química, financeira, de produtos minerais não metálicos, entre outros. No que se refere à sua atuação na produção de papel e celulose, a empresa é também verticalmente integrada, ou seja, atua desde a fase de plantio do eucalipto até a de distribuição dos papéis que produz.<sup>10</sup>

A Ripasa é uma empresa familiar, cujo controle pertence a três famílias, a saber: Zogbi, Derani, e Zarzur, que atuam na fabricação, comercialização e distribuição de celulose e vários tipos de papéis.<sup>11</sup> Nos últimos três anos anteriores à operação, nem a

---

<sup>8</sup> Informações reproduzidas do relatório dos Atos de Concentração 08012.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19.

<sup>9</sup> Informação retirada do voto do Conselheiro Relator Luiz Fernando Schuartz nos autos dos Atos de Concentração 08012.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19.

<sup>10</sup> Informação retirada do voto do Conselheiro Relator Luiz Fernando Schuartz nos autos dos Atos de Concentração 08012.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19.

<sup>11</sup> Informação retirada do voto do Conselheiro Relator Luiz Fernando Schuartz nos autos dos Atos de Concentração 08012.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19.



Ripasa nem suas controladoras participaram de qualquer ato de concentração no Brasil e/ou no Mercosul, ao contrário das empresas Suzano<sup>12</sup> e VCP.<sup>13</sup>

## **SEÇÃO III – MERCADOS RELEVANTES**

### **1.III.1 Conceito de mercado relevante**

Os atos de concentração entre empresas podem produzir efeitos positivos e negativos sobre o bem-estar econômico. A melhor forma de aferir os possíveis efeitos decorrentes da operação, e se estes serão nocivos ao bem estar social, é pela análise do poder de mercado resultante da operação no mercado relevante em questão.

A Lei nº 8.884/94 não define de maneira clara o que vem a ser "mercado relevante", deixando para o seu aplicador a tarefa de buscar e concretizar o sentido ali contido. Observa-se, contudo, que a lei determina ser presumida a existência de posição dominante nos casos em que a parcela do mercado relevante é de 20% ou mais. (conjugação dos segundo e terceiro parágrafos da lei 8884/94). No entanto, a Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50 de 1º de agosto de 2001 explica que o mercado relevante será determinado em termos dos produtos e/ou serviços (dimensão produto) que o compõem e da área

---

<sup>12</sup> Nos três anos anteriores à operação, o Grupo Suzano participou de dois atos de concentração no Brasil, a saber: (i) aquisição, pela Cia. Suzano de Papel e Celulose, da totalidade das ações detidas pela Companhia Vale do Rio Doce na Bahia Sul Celulose S.A. (AC nº 08012.003408/2001-03), aprovado sem restrições pelo CADE; e (ii) constituição do portal de compras Pakprint S.A., para a aquisição de insumos à produção de papel e celulose (AC nº 08012.04667/2001-43), aprovado sem restrições pelo CADE. Após a operação, o Grupo Suzano participou de um ato de concentração, a aquisição, pela Suzano Petroquímica S/A, da totalidade do capital social da Polibrasil Participações (AC 08012.006449/2005-77), aprovado sem restrições pelo CADE.

<sup>13</sup> Nos três anos anteriores à operação, o Grupo Votorantim participou de diversos atos de concentração no Brasil, de acordo com os autos, apenas dois referem-se à indústria de celulose e papel, a saber: (i) constituição do portal de compras Pakprint S.A., destinado à aquisição de insumos à produção de papel e celulose (AC nº 08012.04667/2001-43), aprovado sem restrições pelo CADE e (ii) acordo de cooperação entre a VCP e a Papierfabrik August Koehler AG, no qual a VCP seria responsável pela importação e comercialização, no Brasil, do papel térmico para fax produzido pela empresa estrangeira. Posteriormente à operação, o Grupo Votorantim também participou de diversos atos de concentração, sendo que apenas um referente à indústria de papel e celulose, a saber, a permuta de ativos entre VCP e IP, na qual a VCP assume a base florestal e o projeto de uma fábrica de celulose da IP em Três Lagoas/MS e a IP, por sua vez, assume a unidade integrada

geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica).

Os Conselheiros, ao julgar o caso, em comum acordo, adotaram a definição de mercado dada pelo parecer da SEAE.

### **1.III. 2 O Mercado Relevante para o caso Ripasa/Suzano/VCP:**

A SEAE, ao definir o Mercado relevante, definiu um panorama geral da indústria brasileira de papel e celulose, de forma a demonstrar a dinâmica deste mercado. A cadeia produtiva de papel e celulose compõe-se do setor florestal, da produção de celulose e de papéis embalagens.

A indústria de celulose é caracterizada pelo alto grau de investimento e pela longa maturação. A escala de produção das fábricas de pasta celulósica é elevada e as empresas costumam integrar todas as etapas do processo produtivo, atuando desde a etapa florestal até a comercialização do papel.

O Brasil tem importância destacada na fabricação de celulose de fibra curta derivada de eucalipto, produto para o qual a indústria nacional não encontra competidores à altura. Nesse sentido, a localização das fábricas está, geralmente, ligada à concentração dos ativos florestais das empresas. Desse modo, há várias sobreposições horizontais e relações verticais envolvidas na presente operação, conforme pode-se depreender das tabelas *infra*:

---

de fabricação de celulose e papel de Luiz Antônio/SP (AC 08012.006449/2005-77). Recentemente, a VCP está em processo de aquisição da Aracruz..

### Sobreposições Horizontais e Relações Verticais – Suzano e Ripasa<sup>14</sup>

Produtos	Suzano	Ripasa
Serviços de Reflorestamento	X	X
Celulose de fibra curta branqueada	X	X
Papel de Imprimir e Escrever não revestido	X	X
Papel Couché (revestido)	X	X
Papel Cartão	X	X
Papéis Especiais	X	X

### Sobreposições Horizontais e Relações Verticais – VCP e Ripasa<sup>15</sup>

Indústria / Setor	Produtos	Ripasa	Grupo Votorantim <sup>16</sup>
Papel e Celulose	Papéis Não-Revestidos	X	X
	Papéis Revestidos	X	X
	Papéis Térmicos		X
	Papéis Autocopiativos		X
	Papéis Especiais	X	X
	Celulose de Fibra Curta Branqueada de Eucalipto	X	X
Madeireira	Fornecimento de Madeira para Produção de Celulose	X	X
	Móveis e Design de Interiores	X	
Química	Nitrocelulose		X
	Ácido Fluorídrico		X
	Ácido Sulfúrico		X
	Soda Cáustica		X
	Hipoclorito de Cálcio		X

#### 1.III. 2.1 Dimensão Produto

Para fins de análise da operação, adotou-se a definição dada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). De acordo com SEAE, a indústria de papel é tradicionalmente segmentada em: (i) papéis de imprimir e escrever; (ii) papéis para embalagem; (iii) papel cartão; (iv) papéis para fins sanitários; e (v) os denominados “papéis especiais”. Os papéis de imprimir e escrever não-revestidos, revestidos e o sub-segmento de

<sup>14</sup> Fonte: Parecer da SEAE nos autos dos Atos de Concentração 08012.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19.

<sup>15</sup> Fonte: Parecer da SEAE nos autos dos Atos de Concentração 08012.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19.

papéis não-revestidos no formato *cut size* são genericamente agrupados como papéis de imprimir e escrever<sup>17</sup>.

Na análise do caso, o relator, na mesma linha da SEAE, optou por dividir tais segmentos em (i) celulose de fibra curta branqueada (“CFCB”)<sup>18</sup>, (ii) papel de imprimir e escrever não-revestido (“PIENR\*”)<sup>19</sup>, (iii) papel de imprimir e escrever revestido (“PIER”)<sup>20</sup>,

---

<sup>16</sup> O Grupo Votorantim oferta outros produtos que não estão aqui listados, por serem considerados irrelevantes ao processo em análise.

<sup>17</sup> Fonte: Parecer da SEAE nos autos dos Atos de Concentração 08012.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19.

<sup>18</sup> A celulose é matéria prima para fabricação de diversos tipos de papel, tais como papel cartão, papéis para imprimir e escrever revestidos e não revestidos, papéis especiais e papéis sanitários ou *tissue*. Duas são as maiores fontes de madeira para celulose: o pinho como fonte de “fibras longas” e o eucalipto como fonte de “fibras curtas”. O Brasil é um dos grandes produtores de celulose derivada de eucalipto, por condições climáticas favoráveis e farta disponibilidade de terras para cultivo. Também são realizados estudos para melhoramento genético das mudas de eucalipto, tanto por órgãos governamentais quanto pelas principais empresas desta indústria. Depois de sete anos de cultivo, o eucalipto está pronto para ser colhido e utilizado no processo de fabricação de celulose. Em outros países, notadamente os de clima temperado, a maturação das árvores para produção de celulose em geral é de 20 anos.

A CFCB é voltada à produção de papéis mais nobres (imprimir e escrever) enquanto que a celulose não branqueada é mais empregada na produção de embalagens, jornais etc., o que proporciona em regra às fabricantes da celulose do primeiro tipo maiores oportunidades de ganho. Por isso, não é de se esperar que o produtor que detenha os ativos para o processo de branqueamento da celulose deixe de ofertar CFCB para só ofertar celulose não branqueada. Segundo apurou-se nos autos, não existem bons substitutos para a CFCB, uma vez que ela é considerada a melhor do mundo em termos de qualidade e custo para fabricação de papéis de imprimir e escrever.

A celulose é comercializada usualmente em formas de fardo, sendo as vendas realizadas diretamente aos clientes. Entretanto, é importante notar que a parcela consumida cativamente por empresas integradas é alta nessa indústria. Segundo a Associação Brasileira de Celulose e Papel - Bracelpa, pouco mais da metade da celulose que é produzida no Brasil é consumida pela própria empresa produtora. Outros 40% são vendidos para o exterior e só 10% são comercializados no mercado interno. A parcela não consumida cativamente e, portanto, comercializada pelas empresas do setor é denominada “celulose de mercado”. (informações reproduzidas do parecer SEAE e voto do Relator)

<sup>19</sup> O papel de imprimir e escrever é produzido, por meio da secagem de uma massa resultante da mistura da celulose com aditivos químicos. Este tipo de papel pode ser comercializado de diversas formas, dependendo do formato, gramatura, dimensão, corte, acabamento. Podem ser revestidos ou não-revestidos, e podem ser utilizados para diversas aplicações, tais como, livros, cadernos, rótulos, folhetos, envelopes, formulários, cheques, dentre outros. O papel de imprimir e escrever não-revestido destina-se a impressões e escrita em geral, e que recebe apenas um revestimento de amido superficial para que não haja desprendimento das fibras de celulose durante sua utilização. Também denominado “papel *offset*”, este tipo de papel distingue-se por apresentar diferentes gramaturas e tamanhos, sendo, porém, o processo produtivo comum até o acabamento final e corte. Nas palavras da SEAE, “[o]s papéis não-revestidos são utilizados em cadernos, livros, catálogos, papéis para impressoras e copiadoras e material para impressão e escrita em geral. O papel *offset* representa grande parcela dos papéis não-revestidos comercializados no mercado brasileiro. Ele pode ser dividido em papel *cut size* ou *report* – papel para imprimir e escrever não-revestido cortado (Ofício, A4 etc.) e é utilizado em copiadoras e impressoras a laser e *ink jet*, estando presente no uso doméstico, corporações, escolas etc.” O papel no formato de bobina, por sua vez, consiste, basicamente, no papel de imprimir e escrever não revestido cortado em formato mais pesado e maior, *i.e.*, mais de 750 kg por unidade e comprimento superior a 12.000

(iv) papel de imprimir e escrever não-revestido no formato *cut size* (“PIECS”)<sup>21</sup>, e (v) papel cartão (“PC”)<sup>22</sup>.

### 1.III.2.2 Dimensão Geográfica

Com relação à definição das dimensões geográficas dos mercados relevantes afetados pela operação, foram definidos dois mercados. Para os mercados de celulose, papéis não revestidos e papel cartão, as reduzidas taxas de penetração das importações, a localização da produção e os fluxos de comércio inter-regionais naturalmente sugeriram a definição nacional.

Com relação ao mercado de papéis de imprimir e escrever revestidos, a presença significativa de produtos ofertados por grandes empresas localizadas em diversos países no exterior indica a delimitação de mercado mundial<sup>23</sup>.

---

metros, sendo ofertados para gráficas e voltados à impressões de maior tiragem, por exemplo, de livros, cadernos, blocos, folhetos e envelopes. (Informações reproduzidas do parecer da SEAE e do Voto do Relator)

Os papéis de imprimir e escrever não revestidos são comercializados geralmente nesses dois formatos, *cut size* e bobinas. Como cada um representa um produto relevante distinto, a presente seção concentrar-se-á no exame dos efeitos competitivos associados à operação no mercado relevante nacional de papel de imprimir e escrever não revestido, não no formato *cut size*. (Informações reproduzidas do parecer da SEAE e do Voto do Relator)

<sup>20</sup> Papéis de imprimir e escrever revestidos (“PIER”) distinguem-se dos não-revestidos pelo processo de revestimento químico que os caracteriza (aplicação de pigmentos, látex e aditivos na folha do papel base). Não são adequados à escrita como os papéis não-revestidos, por serem, em geral, lisos e brilhantes. O PIER é comercializado em bobinas, resmas, *skids* e cortado, sempre em toneladas. Seus principais demandantes são editoras, gráficas, governos, cadernos e distribuidores. Entre os tipos de PIER, o papel couché é aquele comercializado com maior frequência, sendo utilizado na impressão de revistas, material promocional, livros de arte, rótulos e embalagens. (Informações reproduzidas do parecer da SEAE e do Voto do Relator)

<sup>21</sup> O papel de imprimir e escrever não-revestido no formato *cut size* (“PIECS”) consiste, basicamente, no PIENR\* cortado em um formato menor (A4, Ofício, Carta, etc.). Trata-se de um tipo de papel comercializado, comumente, em resmas de 500 fls., através de distribuidores independentes e próprios e vendas diretas para utilização em gráficas, copiadoras, impressoras domésticas, dentre outros.

<sup>22</sup> O papel cartão, quando comparado com outros tipos de papel, é um produto com maior rigidez, espessura e gramatura, voltado para os mercados de embalagens para medicamentos, cosméticos, bebidas, alimentos, capas de livros, materiais promocionais, etc. Pode ser vendido no formato de bobinas ou folhas, diretamente ao cliente ou através de distribuidores. Segundo apurado nos autos, os ativos envolvidos na produção de papel cartão não podem ser utilizados para produzir outros tipos de papel. (Informações reproduzidas do parecer da SEAE e do Voto do Relator)

<sup>23</sup> Esta, além de ser a proposta das empresas envolvidas, de órgãos de defesa da concorrência de outras jurisdições, notadamente a Comissão Europeia em casos similares, foi a escolha da SEAE nos pareceres relativos à presente operação. Fonte: Voto do Conselheiro Relator

## SEÇÃO IV - DA ANÁLISE DO CASO SOB A PERSPECTIVA DO CONSELHEIRO RELATOR

De acordo com a SEAE e a SDE no Guia para análise de Atos de Concentração (Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50 de 1º de agosto de 2001), são quatro as variáveis que afetam a probabilidade de exercício de poder de mercado: a) importações; b) condições de entrada; c) efetividade da rivalidade e d) outros fatores que favorecem a coordenação de decisões.

Por outro lado, não existe a probabilidade de exercício unilateral do poder de mercado quando pelo menos uma das condições estiver presente: a) as importações forem um remédio efetivo contra o exercício do poder de mercado; b) as entradas forem tempestivas e suficientes ou c) a rivalidade entre as empresas existentes no mercado for efetiva.

A posição do relator com relação às variáveis mencionadas acima: será abordada a seguir:

### a) Importações:

As importações têm como escopo inibir o exercício do poder de mercado. Quanto maior for a participação das importações ou da possibilidade de importar, menor será a probabilidade do exercício de poder de mercado. Deve-se considerar a possibilidade de que as importações aumentem em quantidade e prazo razoáveis para contestar um possível aumento de preço por parte da empresa detentora do poder de mercado.

MERCADOS <sup>24</sup>	TEMPESTIVAS	SUFICIENTES
CFCB	NÃO	NÃO
PIENR	NÃO	NÃO

<sup>24</sup> Elaboração própria a partir das informações constantes no voto do Relator.

PIER	NÃO	<b>SIM</b>
PIECS	NÃO	NÃO
PC	NÃO	NÃO

Da tabela acima, é possível inferir que apenas no mercado de Papel de Imprimir e Escrever revestido as importações poderiam servir como capazes de contestar eventual abuso do exercício do poder de mercado, mas esse caso pode ser considerado excepcional.

b) Condições de entrada no mercado

Um dos fatores para aferir se o ato será ou não lesivo à concorrência é a avaliação da possibilidade da entrada de novos competidores no mercado. Nesse sentido, o agente, ainda que detentor de parcela substancial do mercado relevante, pode estar impossibilitado de exercer seu comportamento típico de monopolista em razão da concorrência potencial existente, ou da capacidade ociosa dos demais agentes econômicos que atuam no mercado relevante.

MERCADOS <sup>25</sup>	TEMPESTIVAS	SUFICIENTES
CFCB	NÃO	NÃO
PIENR	NÃO	NÃO
PIER	NÃO	NÃO
PIECS	NÃO	NÃO
PC	NÃO	NÃO

O gráfico acima ilustra se as entradas de novas competidoras no mercado seriam tempestivas e suficientes para inibir o poder de Mercado. Pelas informações retiradas do voto do Conselheiro Relator, depreende-se que a presença de novas entrantes não é suficiente para coibir o abuso do poder de mercado. A entrada não é significativa na maior parte dos segmentos afetados.

c) Efetividade da rivalidade

Um fator adicional que poderia justificar expectativas quanto ao não exercício de poder de mercado como consequência de uma concentração está na intensidade da rivalidade entre as empresas remanescentes no mercado após a operação. Quanto a este ponto, há que se ter em mente que a intensidade da rivalidade existente entre um conjunto de agentes participantes em um mercado é diferente da simples presença de rivais no mesmo mercado.

MERCADOS <sup>26</sup>	TEMPESTIVAS	SUFICIENTES
CFCB	NÃO	NÃO
PIENR	NÃO	NÃO
PIER	NÃO	NÃO
PIECS	NÃO	NÃO
PC	NÃO	NÃO

Infere-se da tabela acima que a existência de outras rivais no mercado não é suficiente para inibir eventual abuso de poder de Mercado. Há rivalidade, mas não o suficiente para contestar eventual conduta concertada pelas empresas adquirentes da fábrica

---

<sup>25</sup> Elaboração própria a partir das informações constantes no voto do Relator.



da Ripasa. Alguns mercados, como o de papel *cut size* são especialmente afetados, motive pelo qual o conselho acabou optando pela desconstituição da operação.

d) outros fatores que favorecem a coordenação de decisões

Esse fator será levado em consideração na parte doutrinária do caso, mas em suma trata da possibilidade do exercício coordenado de poder de mercado pelas empresas.

## SEÇÃO V – RESULTADO DO JULGAMENTO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) aprovou com restrições a aquisição da empresa de papel e celulose Ripasa pelo consórcio formado por Suzano e VCP (dois dos três maiores competidores do Brasil). O relator<sup>27</sup> do processo foi o Conselheiro Luiz Fernando Schuartz, a quem coube ordenar e presidir o julgamento. Ele havia optado pela desconstituição da operação mas foi vencido. Como o Relator foi vencido, ficou responsável pela redação do acórdão o Conselheiro Abraham Sicsú, que iniciou a divergência.

Apenas cinco dos sete conselheiros estavam aptos a proferir voto, uma vez que dois estavam impedidos. A decisão do Conselho foi tomada por 3 votos contra 2, sendo o desempate feito pela presidente do órgão, Elizabeth Farina, nos termos do Regimento Interno do CADE. Todos os Conselheiros proferiram voto vogal opinando pela realização do Termo de Compromisso de Desempenho, analisado na próxima sessão.

Abaixo segue quadro com o resultado do julgamento<sup>28</sup>.

CONSELHEIROS	IMPEDIDOS	REPROVA	APROVA	RESTRICÇÕES
SCHUARTZ(RELATOR)		X		

<sup>26</sup> Elaboração própria a partir das informações constantes no voto do Relator.

<sup>27</sup> Art. 13 do RI CADE. Será Relator o Conselheiro ao qual o procedimento for distribuído, livremente ou por prevenção, bem como aquele cujo voto se sagrar vencedor, quer em questão meritória, quer no acolhimento de preliminar ou prejudicial que ponha fim ao julgamento, sendo este, então, designado para lavrar o acórdão.

<sup>28</sup> Elaboração própria com base nos autos.

RIGATO		X		
PRADO			X	
SICSÚ			X	X
FARINA (PRESIDENTE)			X	X
FURQUIM	X			
CUEVA	X			

## SEÇÃO VI - ANÁLISE DO TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO

### – TCD

A lei antitruste estabelece que a aprovação de atos de concentração que possam ser potencialmente lesivos à concorrência devem ser restringidos. Essas restrições podem ser de caráter estrutural ou comportamental e são, normalmente, quando comportamentais, formalizadas pela assinatura de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD).

No caso em comento, foram adotadas medidas com o objetivo de prevenir riscos relacionados à troca de informações concorrencialmente sensíveis na gestão do Consórcio e operação do complexo industrial, afastando a possibilidade de efeitos adversos para a concorrência.

Dentre essas restrições, está o termo de conduta assinado pelas empresas a fim de preservar a concorrência e impedir manipulação no mercado. Com isso, o CADE passou a ser o responsável por monitorar a atividade da Ripasa, de forma a garantir que ela continuará com suas operações apartadas daquelas desenvolvidas pelos novos controladores.

Além disso, Suzano, VCP e Ripasa também ficaram proibidas de fechar qualquer acordo de exclusividade com fornecedores e distribuidoras, como forma de garantir

a isonomia de oportunidades para os atuais e futuros concorrentes, conforme indicado nas cláusulas contratuais apontadas abaixo<sup>29</sup>.

2.3 NÃO EXIGENCIA DE EXCLUSIVIDADE – As COMPROMISSÁRIAS obrigam-se a não exigir exclusividade de vendas do papel não revestido, no formato *cut size*, a distribuidores independentes de papel, comunicando por carta, aos seus respectivos distribuidores, o conteúdo da decisão do CADE relativamente à não exigência de exclusividade

2.3.1 A VCP, em particular, compromete-se a contactar todos os distribuidores para os quais encaminhou contrato de distribuição assinado, no contexto da permuta de ativos com a *International Paper do Brasil Ltda.*, e que viriam, em tese, a ser por ela atendidos, seja para realizar o distrato com aqueles que lhe devolveram o contrato assinado, seja para realizar o distrato com aqueles que lhe devolveram o contrato assinado, seja para formalmente apresentar-lhes a notificação para a rescisão do contrato em relação aos demais.

2.3.1.1 A VCP, “sobre o conteúdo comercial, de mercado ou concorrencial.” compromete a distratar ou a notificar estes distribuidores da rescisão do contrato, o que aplicável, por escrito, no prazo de até 30 dias (trinta) dias, devendo comprovar perante a CAD-CADE, no prazo de 5 (cinco) dias, após o término dos 30 (trinta) dias, a apresentação dos distrato ou a notificação a cada um dos distribuidores que seriam por ela atendidos.<sup>30</sup>

Foi determinada, ainda a venda de uma das marcas comerciais da Ripasa, a Ripax, conforme determinação da cláusula 2.4 do Termo de Compromisso de Desempenho *infra*:

2.4 VENDA DE MARCA: A SUZANO deverá no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias a partir da assinatura deste Termo de Compromisso, contratar com uma única COMPRADORA a alienação da marca RIPAX, aqui incluídos todos e quaisquer registros, pedidos e direitos inerentes à propriedade da marca RIPAX a um terceiro produtor que não detenha 20% (vinte por cento) ou mais do mercado de papeis de imprimir e escrever no formato *cut size*

2.4.1. Na hipótese de não haver um terceiro produtor interessado, que não detenha 20% (vinte por cento) ou mais do mercado de papéis de imprimir e

<sup>29</sup> TCD vinculado ao AC 08012.10192/2004-97 e AC 08012.010195/2004-19.

<sup>30</sup> Termo de Compromisso de desempenho vinculado aos Atos de Concentração n 08012.10192/2004-97 e 08012.010195/2004-19.

escrever no formato cut size, o que deverá ser constatado em até 90 (noventa) dias da assinatura do presente Termo de Compromisso, que preencha os requisitos mínimos de venda da marca RIPAX definidos por SUZANO, deverá a mesma efetuar, em até 90 (noventa) dias, alienação a qualquer terceiro, excluindo-se tão somente, do grupo de possíveis compradores empresas produtoras que detenham 20% (vinte por cento) ou mais do mercado de papéis de imprimir e escrever no formato cut size.

2.4.2 Em qualquer hipótese, os termos da contratação entre SUZANO e a empresa vencedora da compra da marca RIPAX serão informados ao Plenário do CADE, garantida a confidencialidade de seus termos.<sup>31</sup>

Desse modo, em 2008, a Ripax foi vendida para a Nobrecel, empresa que atua nos segmentos de imprimir e escrever e papel cartão, entre outros. Como o CADE estipulou que a Ripax deveria ser negociada com uma terceira empresa, que detivesse menos de 20% de participação no mercado doméstico, essa restrição inviabilizava a venda para a norte-americana *International Paper* (IP), líder no segmento, com aproximadamente 35% de participação no mercado.

Na oportunidade do anúncio da aquisição da Ripasa, a Suzano e VCP informaram que a Nobrecel possuía capacidade anual de 525 mil toneladas de papel e 455 mil toneladas de celulose, além de uma base florestal de 86,4 mil hectares. De acordo com dados da Associação Brasileira de Celulose e Papel (Bracelpa), a produção da Ripasa em 2004 somou 521,2 mil toneladas de papéis, o que garantiu à companhia o posto de quinta maior fabricante do setor no Brasil, atrás de Klabin, Suzano, IP e VCP.

Importante destacar que a empresa Nobrecel passava por dificuldades na época da aquisição da marca Ripax, havendo anunciado em seu relatório anual que esperava a

---

<sup>31</sup> Termo de Compromisso de desempenho vinculado aos Atos de Concentração n 08012.10192/2004-97 e 08012.010195/2004-19.

ajuda dos seus acionistas para melhorar o capital de giro e continuar a solver suas obrigações e possibilitar a continuidade normal de seus negócios.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Segundo informações do site da Globo online, a Nobrecel acumulava dívida de curto prazo de 21,6 milhões com bancos.

## **2 DA ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO CASO RIPASA – ATO DE CONCENTRACAO . 08012.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19**

### **SEÇÃO I -. JOINT VENTURES: NOÇÕES GERAIS**

O caso utilizado para este estudo trata da incorporação do complexo industrial da Ripasa, pela VCP e pela Suzano, cabendo a sua produção a cada um dos compradores, na proporção de 50%, a quem caberá comercializar a produção de forma independente. Trata o caso, portanto, da constituição de uma *joint venture* cooperativa de produção na forma de consórcio<sup>33</sup>.

Tal constituição permite que empresas concorrentes cooperem entre si para um fim específico, no caso abordado, a produção conjunta de papel e celulose, permanecendo como concorrentes nos mercados em que atuam.

No ordenamento legislativo brasileiro, a cooperação de empresários, na qualidade de associação consorcial sem vínculo subordinativo entre os associados, recebe, a forma de consórcio de empresas.

#### **2.1.1 *Joint Ventures* e Globalização**

Inicialmente, a motivação para a inserção internacional estava na possibilidade de obter matérias primas. Possivelmente, as primeiras multinacionais procuravam outros mercados com o objetivo de exploração das reservas minerais, extração de borracha ou para ter acesso às fontes de mão de obra mais baratas.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Fonte: Voto do Conselheiro Abraham Sicsú nos autos dos Atos de Concentração 08012.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19.

<sup>34</sup> FERRAZ, Daniel Amin. *Manual de Integração Regional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

A segunda etapa da internacionalização das empresas foi penetrar em outras fronteiras, tendo como objetivo desenvolver seus produtos, bem como promover estratégias de controle do mercado mundial.<sup>35</sup>

A terceira etapa é caracterizada como a era da informação. Por conseguinte, a internacionalização tem, hoje, como medida a exposição das companhias à informação, bem como aos conhecimentos produzidos, vitais para a concorrência na economia globalizada. A atuação no mercado externo promove a aquisição de experiência para competir em um ambiente internacional, assegurada a absorção de tal experiência por todos os membros do grupo econômico<sup>36</sup>

A transnacionalização das empresas tem estimulado a concorrência e exigido novas formas associativas para a conquista ou manutenção das empresas no cenário global. Tal fato ocorre porque o mercado mundial é visto como um único mercado e não mais como vários mercados locais. Ademais, a evolução tecnológica impõe a necessidade de vultosos investimentos em tecnologia, com riscos que uma empresa sozinha não poderia ou não precisaria suportar

Destarte, o avanço econômico e histórico leva não mais à constituição de sociedades mercantis, mas à formação de sociedades de sociedades, pretendendo as mesmas uma atuação mais ampla dentro do cenário global. O volume de informações presentes no mercado enseja a formação da cooperação empresarial.

A cooperação é, portanto, um instrumento que as empresas têm para expandir, renovar ou conquistar novos mercados. A dimensão global dos mercados impõe às

---

<sup>35</sup> FERRAZ, Daniel Amin. *Manual de Integração Regional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

<sup>36</sup> BARTLETT, Chirstopher . **Revista Brasileira de Comércio Exterior** (RBCE). Out/nov./dez. de 1995, ano XI, . 45, Rio de janeiro, Brasil, p.58

empresas a obrigação de estar sempre atualizadas. Logo, a cooperação é uma resposta economicamente eficaz, que aumenta a probabilidade de sucesso de cada uma das partes.

### **2.1.2 Conceito de *Joint Venture*:**

A *joint venture* é uma forma de cooperação empresarial que corresponde a uma forma ou método de cooperação entre duas ou mais empresas independentes para a realização de um projeto em comum. Sua origem está nas operações comerciais e nos contratos.

Para Maristela Basso, a *joint venture* corresponde a “uma forma ou método de cooperação entre empresas independentes”. Para Calixto Salomão, as *joint ventures* são “todas as formas de associação de empresas com o objetivo de realização de atividade econômica independente e com escopo de lucro”. Patrícia Carvalho entende que as *joint ventures* são a “cooperação entre duas ou mais empresas independentes, a fim de melhor desenvolver um projeto comum”<sup>37</sup>. Daniel Amin explica que *joint venture* é um acordo de cooperação entre duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que podem exercer a administração conjunta, e que têm o dever de busca do objetivo comum, atuante na expectativa de ganho ou benefício não necessariamente imediato”<sup>38</sup>

A diversidade de sistemas jurídicos, legislações, em especial quando as empresas envolvidas são de nacionalidades distintas, faz com que as *joint ventures* assumam diferentes formas institucionais ou contratuais. Para fins desse estudo, o que nos interessa é a formação de consórcio, modalidade adotada no caso concreto.

---

<sup>37</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**, volume I. São Paulo: Editora Atlas, 2008. P 597

<sup>38</sup> FERRAZ, Daniel Amin. **Manual de Integração Regional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.



O consórcio de empresas, por sua vez, ocorre quando empresários, por meio de um contrato, juntam-se, sem perda de autonomia e conservando sua personalidade jurídica, para execução de determinado empreendimento.

### **2.1.3 Características das *Joint Ventures***

Para o presente estudo, enumerar as características das *joint ventures* é relevante para entender as diversas possibilidades uma vez que se trata de uma figura híbrida no direito contratual brasileiro. As principais características dessa modalidade de contrato são a ausência de um modelo contratual específico e a independência das participantes da aventura conjunta. Nesse sentido:

Qualquer eventual subordinação caracterizaria outras espécies de integração, como a fusão, incorporação, ou até a formação de grupos de subordinação. Tal fato não impede a realização de intercâmbios de participações, desde que não interfira no controle das sociedades envolvidas<sup>39</sup>.

Outras características importantes são (i) a existência de uma comunidade de interesses; (ii) a existência dos lucros ou submissão às perdas; (iv) a faculdade para representar e obrigar os demais co-ventures; (v) a busca de um objetivo comum; (vi) o controle conjunto (gestão comum) e (vii) o dever de não concorrência.

Com relação as características, é importante destacar que, nas *joint ventures*, apesar da independência, as participantes devem ter um projeto comum, isto é, uma finalidade comum. As formas de controle mútuo, direção sobre o projeto, limites para a atuação das partes envolvidas, bem como o dever de não concorrência têm que estar previstos contratualmente. Isso porque os “*co-ventures*” não deverão concorrer com os demais

---

<sup>39</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**, volume I. São Paulo: Editora Atlas, 2008. P 597

participantes do empreendimento ou com a própria *joint venture* nos limites de atuação em nível geográfico do empreendimento comum”.<sup>40</sup>

Uma característica que merece destaque é a necessidade de existência do lucro. Com a internacionalização dos contratos de *joint venture*, tal característica deixou de ser essencial ao contrato.

Teríamos como exemplos a constituição de uma *joint venture* com atuação relativa ao setor de pesquisa; uma unidade comum de fabricação no qual o lucro só poderia ser apurado como resultante da diminuição de custos individuais dos co-ventures, etc

(...) E quanto à questão das perdas? Não é característica essencial das *joint ventures* a distribuição igualitária das perdas ou prejuízos. Nada impede que os co-ventures estipulem que somente alguns assumirão as perdas, sendo esta matéria contratual.”<sup>41</sup>

#### **2.1.4 Classificações das *Joint Ventures***

As *joint ventures* podem ser nacionais ou internacionais. Quanto à participação financeira das partes, estas podem ser societárias (*Equity Joint Venture*) ou não (*Non Equity Joint Venture*).

A principal classificação, no entanto, é a do ponto de vista organizacional: as *joint ventures* podem dar origem ao nascimento de uma terceira pessoa jurídica (*Corporate Joint Venture*) ou não (*Non Corporate Joint Venture* ou *Joint venture* contratuais).

As *joint ventures* podem, ainda, ser divididas em transitórias e permanentes. Entre as transitórias, destaca-se a sociedade em conta de participação e o consórcio, este último objeto deste trabalho.

---

<sup>40</sup> FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 122.

<sup>41</sup> FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 122.

Quanto ao grau de concentração, estas podem ser horizontais (os participantes atuam em um mesmo setor ou correlacionado) ou verticais (os participantes atuam em níveis diferentes do processo de fabricação).<sup>42</sup>

### **2.1.5 Formação do Contrato das *Joint Ventures*:**

Maristela Basso, ao citar Eros Roberto Grau, afirma que “inexiste o conceito jurídico de *joint venture*, como produto de reflexão, suma de ideias, signo ou ponto terminal de norma jurídica, já que esta figura, como tal, não é contemplada em nosso direito positivo”<sup>43</sup>. Por não existir previsão específica, em nosso ordenamento essa associação é encarada como um mero contrato ou a formação de uma sociedade.

Para ser válida em nosso ordenamento a *joint venture* precisa obedecer aos requisitos gerais para a constituição de um ato jurídico, quais sejam: capacidade das partes; objeto lícito, possível e determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do Código Civil).

O contrato que dá origem à *joint venture* contratual é atípico, oneroso, não solene, consensual, de execução sucessiva.<sup>44</sup> - Já as *joint ventures* societárias necessitam atender aos requisitos da legislação previstos para o tipo societário que se pretende formar.

A formação dos contratos influencia na livre concorrência das *joint ventures* porque este é um instrumento de controle desta. A partir da elaboração do contrato, as partes terão como reduzir suas incertezas quanto ao êxito do empreendimento, ficando menos suscetíveis às modificações do mercado.

---

<sup>42</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo: as *joint ventures* na Indústria do Petróleo**. 2 ed atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.403

<sup>43</sup> BASSO, Maristela. ***Joint ventures: manual prático das associações empresariais***. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 22

A figura que mais se equipara em nosso direito positivo é o do consórcio, previsto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. (Lei das Sociedades por Ações - LSA), art. 278 e 279. Este ocorre quando as empresas, mantendo sua personalidade jurídica e sua autonomia, associam-se através de um contrato, que regula as finalidades, os direitos e as obrigações dos membros. O artigo 278 da LSA assim dispõe:

“As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo”.

Esta é uma forma bastante conhecida de integração empresarial, que tem como características a flexibilidade e transitoriedade. Nela, as empresas assumem mutuamente atividades e encargos que isoladamente não teriam força econômica nem capacidade técnica para executar. O registro do consórcio na junta comercial é exigido (art. 279, parágrafo único, LSA), não obstante a ausência de personalidade jurídica (art. 278, §1).

Gusmão assim qualifica esta figura contratual:

No contrato de consórcio, não há controle de nenhum participante, mas um objetivo comum, onde cada consorte determina o grau de responsabilidade que assume na execução do serviço. Trata-se de uma relação extra-societária, onde as sociedades integrantes, embora enlaçadas por um vínculo, conservam a personalidade jurídica e sua autonomia patrimonial. É uma universalidade de fato e não tem personalidade jurídica. Não sendo sujeito de direitos, não pode assumir nenhuma obrigação. Os consortes obrigam-se perante terceiros individualmente.<sup>45</sup>

O consórcio tem sua duração vinculada à do empreendimento, desfazendo-se tão logo advenha o término deste. Nele, as empresas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade (art. 278, §1o, LSA)

---

<sup>44</sup> BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 122

<sup>45</sup> GUSMÃO, Mônica. *Direito Empresarial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004, p.252.

Os instrumentos jurídicos que irão regular o empreendimento comum são (i) um acordo base; (ii) o estatuto social e (iii) um acordo de acionistas.

### **2.1.6 Acordo Base**

O acordo base é o contrato principal. Trata-se de instrumento jurídico utilizado para regular a *joint venture* e serve como um norte para o controle das relações contratadas. Por meio desse instrumento, haverá a instrumentalização da *joint venture*.

De acordo com Maristela Basso<sup>46</sup> alguns pontos deverão ser levados em consideração na formação do acordo base, tais como (i) definição do projeto (industrial, comercial, pesquisa e desenvolvimento, etc); (ii) pretensões das *co-ventures* (onde pretendem chegar com a constituição do empreendimento comum); (iii) estratégia de sua implantação; (iv) tipo de *joint venture* a ser constituída (v) montante do capital social e se em bens tangíveis ou intangíveis; (vi) direitos e deveres das *co-ventures*; (vii) como se procederá a administração da *joint venture* (assembléia, através de um coordenador do projeto, diretoria específica, etc.); (viii) financiamento para o projeto; (ix) distribuição de ganhos e perdas; (x) a necessidade de elaboração de contratos satélites (de transferência, de tecnologia, de licença de marcas, de fornecimento, etc); (xi) duração do empreendimento; (xii); data de entrada em vigor do contrato; (xiii) acordos de segredo (quando há transferência de tecnologia).

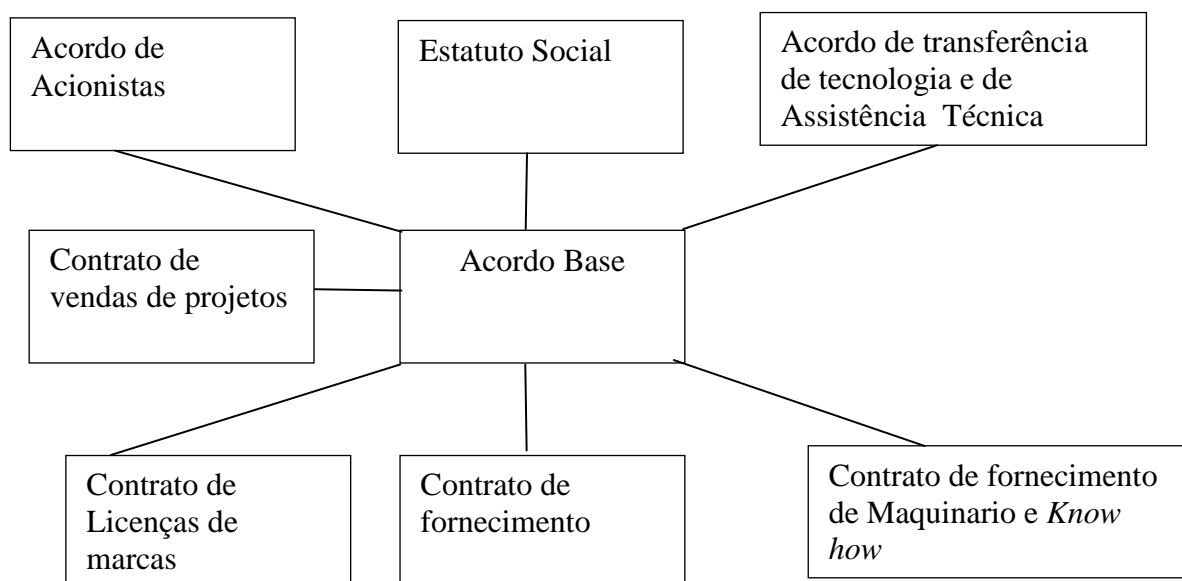
### **2.1.7 Contratos Satélites**

Os contratos satélites são instrumentos jurídicos complementares ao contrato principal, chamado acordo base. Esses contratos estarão, necessariamente, vinculados ao Acordo Base e deverão estar expressamente manifestados nele.

---

<sup>46</sup> BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 22

Para Maristela Basso<sup>47</sup>, alguns dos possíveis acordos satélites existentes são (i) estatuto social (se *Incorporated joint venture*); (ii) acordo de transferência de tecnologia (*Know-how, Marketing, Leasing, Franchising, etc.*) e de assistência técnica; (iii) Contrato de venda de perigeus; (iv) Contrato de licença de marcas; (v) Contrato de fornecimento; (vi) Contrato de fornecimento e maquinário e know-how. Para melhor visualização, confira o quadro abaixo<sup>48</sup>.



<sup>47</sup> BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 22

<sup>48</sup> BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

## SEÇÃO II -. DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

### 2.II.1 Livre iniciativa e livre concorrência

As bases estruturais do capitalismo são a propriedade privada e a livre iniciativa. Prevista no artigo 170<sup>49</sup> da Constituição Federal, a livre iniciativa é um dos princípios da Carta Magna de 1988, enumerado junto com a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político. Existe livre iniciativa quando os agentes econômicos agem de forma livre, sem a intervenção governamental.

O Estado brasileiro, em regra, não intervém na atividade econômica. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello trata a questão da seguinte forma:

“Isto significa que Administração Pública não tem título jurídico para aspirar a reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante ou comercialização que os porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende, mesmo, da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados .

---

<sup>49</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- (...)

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. . Veja a citação disso aqui BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm), acesso em 15/08/2009.

Disponível no site: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 02/06/2009.

(...) Em suma: o que a lei pode ressaltar é a desnecessidade de autorização para o exercício de certa atividade; nunca, porém, restringir a liberdade de empreendê-la, e na medida desejada.

(...)O frequente, o comum, é que as leis prevejam apenas fiscalização após o início da atividade e aplicação de sanções sempre que, no exercício da atuação econômica, haja transgressão das regras condicionadoras de seu regular desenvolvimento”.<sup>50</sup>

Contudo, a livre iniciativa não é um princípio absoluto, cabendo ao Estado intervir quando houver abuso de direito ou quando for caso de supremacia do interesse público sobre o privado.

A livre concorrência, portanto, não é uma consequência natural da livre iniciativa. O princípio da livre concorrência tem por finalidade a justiça social e a intervenção do Estado no domínio econômico sempre que necessário para garantir o bem estar social.

Para ilustrar esse entendimento, o professor Marlon Tomazette, ensina que:

“Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a livre iniciativa, pelo qual deve-se garantir aos indivíduos o acesso às atividades e o seu exercício. Tal princípio tem uma função social, ele não é absoluto e deve se compatibilizar com outros princípios constitucionais, sobretudo os princípios da função social da propriedade privada e da livre concorrência. Assim, o princípio da livre iniciativa não representa uma liberdade econômica absoluta; o Estado pode limitar a liberdade empresarial, respeitando os princípios da legalidade, igualdade e proporcionalidade, ponderando os valores da livre iniciativa e da livre concorrência”.<sup>51</sup>

No mesmo sentido está a posição da professora Neide Mallard:

“A liberdade de iniciativa compreende tanto o direito de acesso ao mercado (início de atividade econômica) como o de cessação da atividade econômica. Os agentes econômicos devem ser livres para produzir e colocar seus produtos no mercado, ações que conseguem desenvolver graças ao princípio da livre concorrência, que a todos assegura a liberdade dos mercados; devem, ainda, ser livres para cessar suas atividades, em obediência ao princípio econômico do custo de oportunidade. Na verdade, a realização da ordem econômica constitucional só é possível mediante a integração da livre iniciativa à livre concorrência, porquanto a iniciativa só será livre à medida que os agentes econômicos puderem ter acesso aos meios de produção, o que

---

<sup>50</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P.749 e 750.

<sup>51</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial, volume I**. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p.604



só se concebe em um mercado onde, concorrentemente, as forças produtivas possam atuar.”<sup>52</sup>

É assegurada aos agentes econômicos liberdade de desenvolvimento da atividade econômica, não cabendo ao Estado dizer a forma e em que amplitude o agente pode atuar. Ao abordar a questão, em capítulo de seu livro dedicado à intervenção estatal na economia, o professor Celso de Mello destaca que o parágrafo único do artigo 170 da Constituição “não conferiu à lei o poder de excepcionar, a quem quer, seja o exercício livre – e em livre concorrência – de qualquer atividade econômica” e conclui que “o que foi permitido é que a lei excepcionasse o direito de exercê-la independentemente de algum ato de autorização dos órgãos públicos.”<sup>53</sup>

Todavia, para garantir a manutenção do sistema, são impostos limites à atuação dos agentes, justamente para disciplinar seu comportamento no mercado. Apesar da crença de alguns autores, a intervenção do Estado se faz necessária em casos extremos porque a liberdade absoluta é impossível, uma vez que as várias liberdades poderiam entrar em conflito.

No caso em comento analisa-se, portanto, até que ponto é legítimo ao CADE intervir no direito de contratar das empresas VCP, Suzano e Ripasa. Para avaliar melhor a questão, é necessário apresentar alguns conceitos fundamentais para a compreensão da questão sob o ponto de vista do direito concorrencial.

Se por um lado, as partes tem no princípio da livre iniciativa o direito de atuarem na amplitude em que quiserem, por outro, as suas práticas no mercado geram, em

---

<sup>52</sup> MALLARD, Neide Terezinha. **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico**. Disponível no site: [http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos\\_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf), acesso em 23/09/2009.

<sup>53</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P.749 e 750.

alguns dos mercados relevantes um quase monopólio, o que pode ser prejudicial ao consumidor. Por fim, ao analisar a decisão do Conselho, alguns elementos deverão ser considerados, alguns deles abordados abaixo.

## **2. II. 2 Monopólio, Concorrência Perfeita e Oligopólio:**

Três modelos de estrutura são essenciais à compreensão da controvérsia: os conceitos de monopólio, concorrência perfeita e oligopólio.

O monopólio é a ausência de concorrência. Não existem competidores para ameaçar a empresa, que fica numa posição confortável. Normalmente as empresas que detém os monopólios são estatais, são as empresas que fornecem energia elétrica, serviços de esgoto, correio, petróleo, dentre outras.

“ No monopólio perfeito, o provedor de mercadorias ou serviços tem 100% do controle do mercado e não há produtos similares aos quais o consumidor possa recorrer. Essa condição normalmente só é possível por meio da intervenção estatal, quando um serviço de utilidade pública é fornecido por um departamento do Governo ou Agência, ou por uma instituição como o serviço de correios, embora, mesmo nesses casos, alguma forma de concorrência possa existir, como a entrega no setor privado de pacotes ou encomendas.”<sup>54</sup>

É importante, destacar, entretanto, que a teoria do monopólio não se aplica exclusivamente às empresas que detém 100% do mercado. Calixto Salomão menciona que essa hipótese também se aplica naquelas situações em que um dos produtores detém parcela substancial do mercado (por hipótese, mais de 50%) e seus concorrentes são todos atomizados de forma que nenhum deles tem qualquer influência sobre o preço de mercado<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> GOYDER, D.G. **The Nature and Importance of Competition Policy.** EC Competition Law. Third Edition. Oxford University Press. p. 10 e 11 (Tradução livre)

<sup>55</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. ***Direito concorrencial: as estruturas***. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2007, p.144

A concorrência perfeita, por outro lado, é o oposto do monopólio. Esta corresponde a uma situação limite em que nenhuma empresa e nenhum consumidor teria poder suficiente para influenciar o preço de mercado.

Isso porque o conceito implica na existência de um grande número de empresas a produzir o mesmo produto ou serviço e com dimensão e estrutura de custos semelhante; bem como a existência de um grande número de consumidores e todos com a mesma informação disponível sobre a oferta existente no mercado.

“O contrário do monopólio puro é a competição perfeita, que também é bastante rara. Para que tal condição exista, o número de competidores no mercado deve ser tão grande que cada um detém apenas uma pequena parcela, de modo que nenhum deles sozinho detém poder de mercado suficiente para influenciar um aumento de preço ou ameaçar o equilíbrio entre oferta e demanda. Num mercado como esse os competidores poderiam permanecer totalmente desinteressados nas ações e reações de seus rivais uma vez que o mercado apenas responde à “mão invisível do Estado”, conceito explicado por Adam Smith. O mercado mais próximo de atingir essa situação seria de produtores de produtos de agricultura do mesmo lote, nenhum dos quais com percentual de terra suficiente para influenciar as condições de mercado.”

(...)Em primeiro lugar, é preciso verificar a efetiva existência de eliminação substancial da concorrência (art. 54, § 1º, n. III), de forma a tornar o poder no mercado ilícito. A seguir é preciso determinar as justificativas capazes de fazer com que mesmo uma situação de poder no mercado se torne admissível.<sup>56</sup>

Entretanto, o mais importante para o tema aqui tratado é o conceito de oligopólio. O oligopólio é um mercado em que existe competição, mas esta está concentrada na mão de poucos competidores, portanto os atos de um afetam diretamente a conduta do outro.

“Um oligopólio é mercado em que há algum grau de competição, mas há apenas apenas poucas competidoras (não menos do que duas e e

---

<sup>56</sup> GOYDER, D.G. The Nature and Importance of Competition Policy. EC Competition Law. Third Edition. Oxford University Press. p. 11 (Tradução livre)

provavelmente não mais do que oito) e a natureza da rivalidade entre elas é bastante afetada por esse fato”<sup>57</sup>

O estudo feito nesta monografia traz um cenário de oligopólio. Para melhor entender, é importante assimilar alguns conceitos econômicos, entre eles o da demanda e da oferta. A demanda caracteriza-se pela relação entre o preço e a procura de uma quantidade de um produto no mercado, ou seja, qual a quantidade que os indivíduos estão dispostos a pagar por um bem produzido. Já a oferta indica quanto os produtores estão dispostos a produzir para um dado preço desse produto.

Esses conceitos são relevantes porque uma alteração de demanda, ou oferta pode alterar o equilíbrio de mercado de um determinado bem. Quando a Ripasa foi adquirida por duas de suas principais rivais, diversos segmentos de mercado foram alterados modificando o cenário de competição. É muito provável que um agente detentor de poder de mercado o exerça. Nos dizeres de Calixto Salomão “o agente econômico age necessariamente no sentido de maximizar o seu lucro”, e, para tanto, atuará de forma a tirar o máximo proveito de seu poder de mercado<sup>58</sup>.

A racionalidade do agente econômico está diretamente ligada ao poder de mercado que este possui. Se esse poder manifesta-se através da possibilidade de aumentar preços, este o fará. De acordo com o Guia para análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, “o exercício do poder de mercado consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir as quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços”<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> GOYDER, D.G. **The Nature and Importance of Competition Policy**. EC Competition Law. Third Edition. Oxford University Press. p. 11 (Tradução própria)

<sup>58</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2007, p. 97.

<sup>59</sup> Guia de Análise Econômica – Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50 de 1º de agosto de 2001.

O comportamento do agente econômico forte, como é o caso dos agentes nos oligopólios, tem condição de influenciar substancialmente a concorrência, seja no sentido de provocar o paralelismo dos preços por meio do acordo entre concorrentes (a escola de Harvard entende que as estruturas favorecem este comportamento)<sup>60</sup> ou pela possibilidade de tornar a competição ainda mais acirrada por meio do aumento das chamadas eficiências (esta é uma das críticas da escola de Chicago à escola de Harvard)<sup>61</sup>.

No caso utilizado como paradigma para fins deste trabalho, tanto as estruturas, quanto as eficiências foram levadas em consideração. Para parte do Conselho, as eficiências econômicas foram suficientes para justificar a aprovação da operação, ao passo em que outra parte optou pela desconstituição da operação. Em ambos os casos, o Estado terá que intervir, pois ainda que a primeira posição tenha prevalecido sobre a segunda, esta foi condicionada a TCD para garantir, dentro do possível, as condições concorrenciais. A questão da adoção das medidas estruturais ou comportamentais como condição para a aprovação dos atos de concentração será abordada mais para frente.

Portanto, buscando preservar a livre concorrência, o Estado, em determinados casos, deve intervir na economia, para evitar a formação de mercados monopolísticos, bem como, evitar abusos ao poder de mercado. Para melhor compreender a posição, será esboçado, no próximo item como funciona o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

---

<sup>60</sup> “Em suma, para os estruturalistas, o mercado concentrado e protegido por barreiras é condicionante do comportamento dos agentes econômicos, cujas condutas afetam o desempenho da economia como um todo. Devem, pois, ser o alvo de leis de defesa da concorrência, sendo necessária a adoção pelo Estado de políticas de concorrências” (MALLARD, Neide Teresinha. **Concentração de empresas: livre concorrência e limites à liberdade de iniciativa**. 1997. 330 p. Dissertação. (Mestrado em Direito e Estado). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília., p. 133).

<sup>61</sup> “De acordo com os defensores dessa Escola, o objetivo da defesa da concorrência introduzida pelo Sherman Act é a maximização de eficiências econômicas, compreendidas como a capacidade de produzir bens a

### 2.II.3 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC

De acordo com o artigo 54 da lei antitruste, lei 8.884/94, os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão administrativo responsável pela análise.

Vale destacar que a “lei brasileira não condena o domínio de mercado pelo agente econômico, desde que derivado de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”<sup>62</sup>. Contudo, a aquisição de poder de mercado derivado da eliminação de uma das concorrentes, seja por meio de fusão, cisão, incorporação, *joint venture*, ou outras formas de contrato, é visto com cautela pelas autoridades competentes.

No caso em tela, o da incorporação da Ripasa e sua gestão pela *joint venture* Conpacel constituída por duas de suas antigas concorrentes foi analisado com cuidado haja vista que o faturamento de todas as empresas envolvidas, bem como a do grupo de sociedades a que estas pertencem, é superior a 400 milhões de reais. Ademais, as empresas possuem poder de mercado muito superior a 20% em diversos segmentos dos mercados tratados, havendo sido preenchido todos os requisitos do artigo 54 para a análise do ato de concentração.

Destarte, parte dos critérios observados para o cumprimento do artigo 54 pela lei de defesa da concorrência brasileira já foi abordada e consagra um sistema de controle de atos de concentração econômica, cujo funcionamento será destrinchado a seguir.

---

menores custos.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21).

<sup>62</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998. p.348

Segundo o parágrafo quarto dessa lei, o trâmite implica que os atos deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante o encaminhamento da documentação pertinente à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE). A SDE ficará com a via original e encaminhará cópia dos documentos ao CADE e à SEAE. O funcionamento dos órgão e suas respectivas funções estão elencados abaixo<sup>63</sup>.

Nome	Órgão	Principais Funções
CADE	Ministério da Justiça	Julgamento
SDE	Ministério da Justiça	Análise, investigação e processo
SEAE	Ministério da Fazenda	Análise e investigação

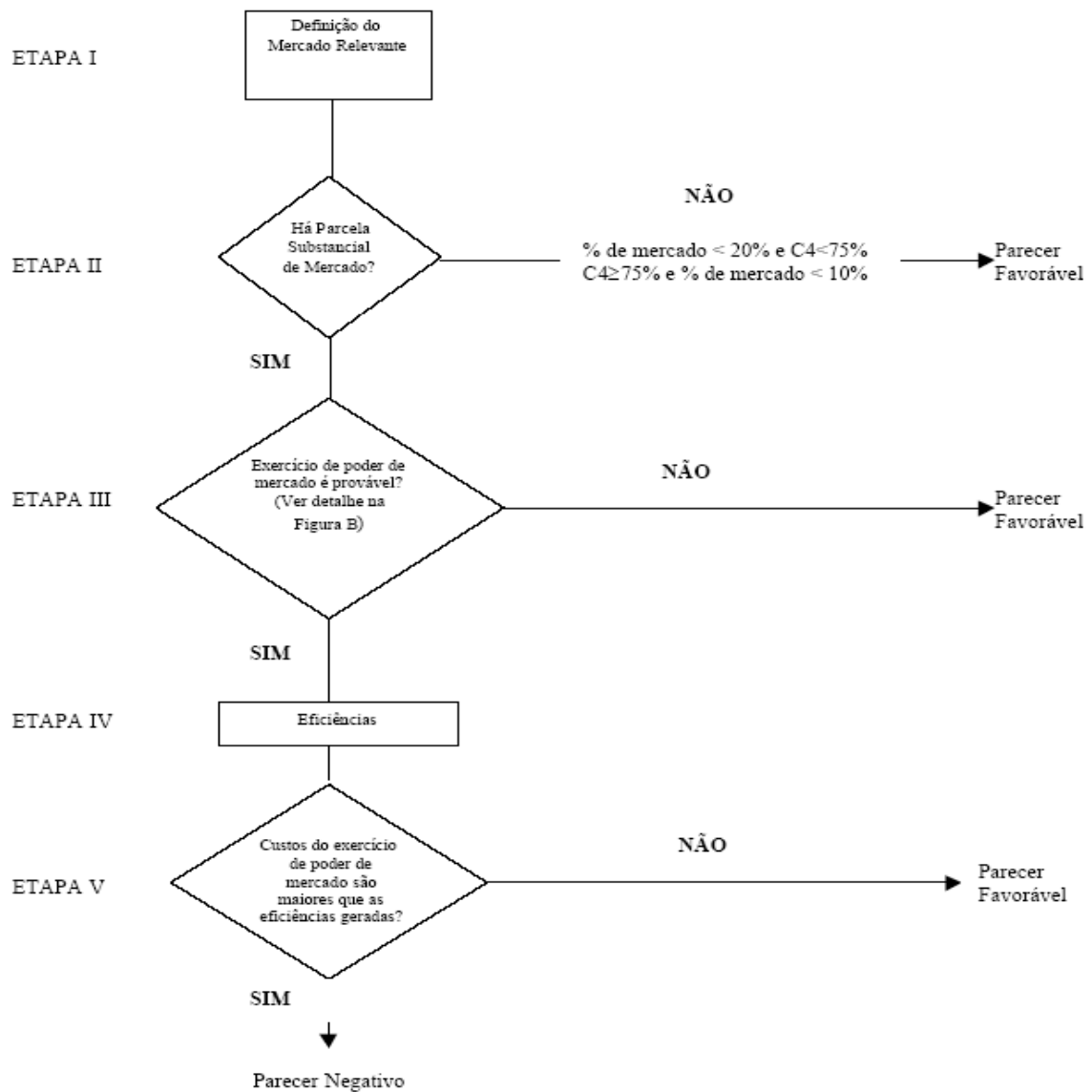
O processo de análise dos atos de concentração obedece o organograma abaixo:<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Fonte: Elaboração própria

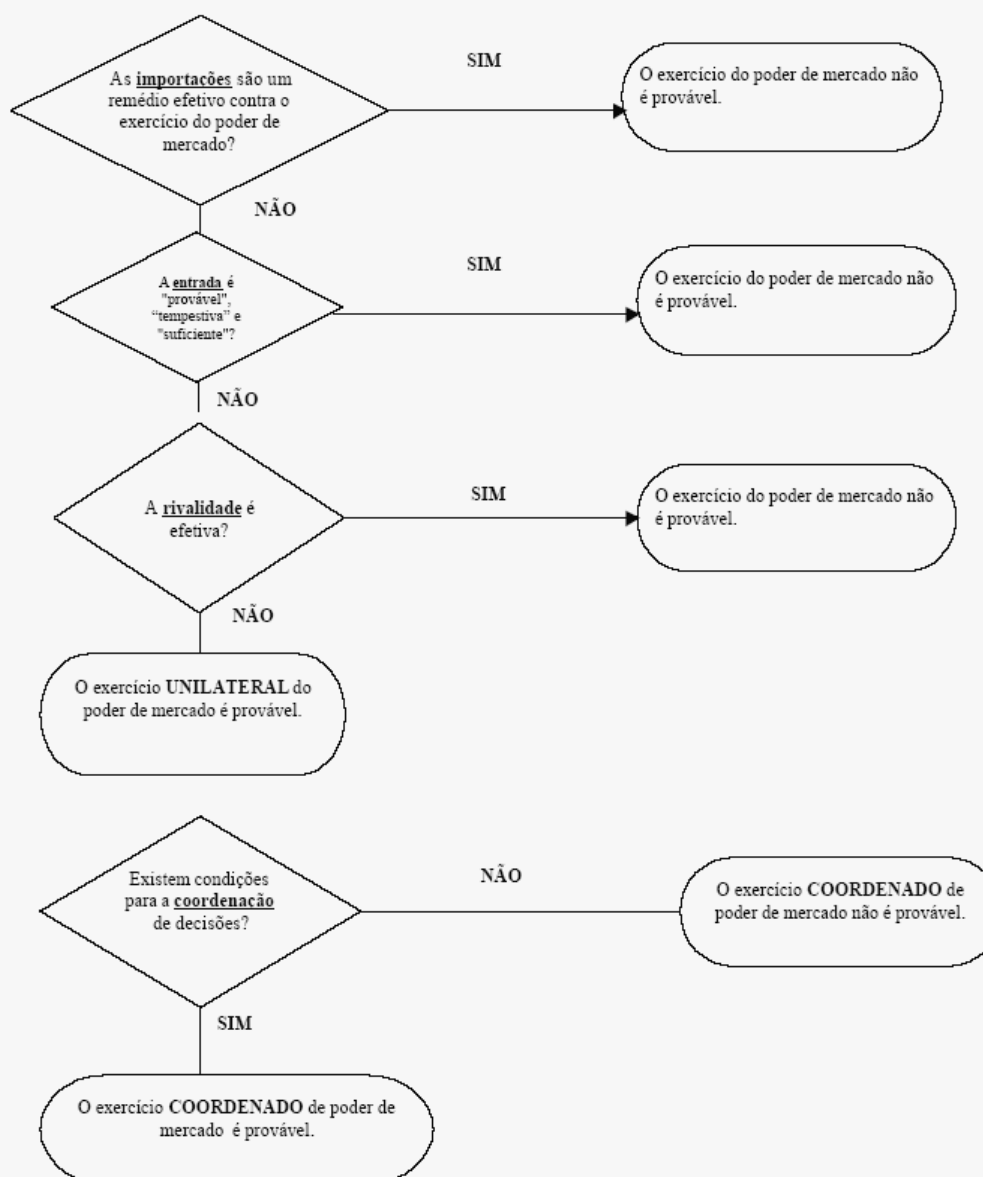
<sup>64</sup> Fonte: Guia para análise econômica de Atos de Concentração Vertical. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50 de 1º de Agosto de 2001.

**Figura A:**  
**As Etapas de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal**





**Figura B:**  
**Detalhe da Etapa III - Exercício de Poder de Mercado**



No Brasil as operações, como demonstrado acima, são aprovadas *a posteriori* , submetidas ao crivo das autoridades, podendo ser desconstituídas segundo previsão da mesma lei.

Foi essa a metodologia utilizada na análise do caso concreto trazido para análise. A maior parte dos conceitos esboçados acima já foram abordados neste estudo, sendo assim, será introduzido a seguir o conceito de regra da razão, também denominado válvula de escape.

#### **2.II.4 A Regra da Razão**

Paula Forgioni explica que as legislações antitruste “detêm diversas normas que visam evitar que a tutela da livre concorrência venha a desempenhar uma função oposta àquela desejada, criando obstáculos para o crescimento da indústria nacional”<sup>65</sup>. Portanto, a aplicação literal do texto normativo implicaria a condenação de inúmeras práticas, mesmo que os prejuízos fossem suportados pelo mercado, ou pela concorrência, fossem em muito suplantados pelas vantagens a serem auferidas pela economia nacional como um todo, ou ainda pelos consumidores.

Nesse sentido, as válvulas de escape são importantes não apenas na normatização, mas também da flexibilização, diante de certas situações, do sistema, em face de situações que merecem tratamento diferenciado.

A aplicação literal do texto normativo, sem qualquer flexibilização, pode gerar efeitos opostos àqueles desejados. É necessário, então, que a Lei Antitruste contenha meios técnicos que permitam à realidade dada permear o processo.

Desta feita, “mesmo se os mercados são imperfeitos e tendentes a resultados anticompetitivos, a intervenção governamental somente será justificável se o resultado for uma melhoria da situação, considerando-se os custos da intervenção”.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998. p.200

<sup>66</sup> HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 2. ed. EUA: West Group, 1999, p. 62, tradução livre.

As válvulas de escape podem ser representadas pela regra de isenções e autorizações, ou seja, a denominada regra da razão. De acordo com o artigo 54 da Lei Antitruste, o CADE poderá autorizar ato ou contratos que possam de alguma forma restringir a concorrência desde que as práticas submetidas à sua apreciação tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: (i) aumentar a produtividade; (ii) melhorar a qualidade de bens ou serviços; (iii) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (iv) tragam benefícios distribuídos equitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; (v) não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; (vi) observem os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

A doutrina e a jurisprudência antitruste apontam critérios objetivos a serem adotados na avaliação de eficiências. De acordo com esses critérios, as eficiências (i) não podem ser meramente pecuniárias<sup>67</sup>; (ii) devem ser específicas da operação<sup>68</sup>; (iii) devem ser distribuídas equitativamente entre empresas e consumidores<sup>69</sup>; (iv) devem compensar os riscos à concorrência<sup>70</sup>; (v) devem ser facilmente verificáveis<sup>71</sup>.

Calixto Salomão, ao abordar o tema, ressalta que as eficiências a que se refere o artigo 54 foram redigidas justamente com o intuito de abranger tantos os casos de

---

<sup>67</sup> De acordo com esse discernimento, não são considerados ganhos de eficiência, os repasses de recursos entre agentes, tampouco os ganhos pecuniários advindos da aquisição de parcela de mercado. Objetiva-se, com isso, assegurar que as eficiências obtidas com uma operação impliquem efetivamente em economias reais de recursos, com a produção de bens a custos menores. (BETRAN, Maria Paula. **Os requisitos para consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável**. Revista do IBRAC. São Paulo: IBRAC, v. 12, n. 2, 2005, p. 267. )

<sup>68</sup> Para serem aceitas, as eficiências não podem ser obtidas de outra maneira, que não pela concentração. Devem, portanto, ser específicas da operação. (HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 2. ed. EUA: West Group, 1999, p. 348).

<sup>69</sup> Fonte: Guia para análise econômica de Atos de Concentração Vertical. Portara Conjunta SEAE/SDE nº 50 de 1º de Agosto de 2001.

<sup>70</sup> Fonte: Guia para análise econômica de Atos de Concentração Vertical. Portara Conjunta SEAE/SDE nº 50 de 1º de Agosto de 2001.

<sup>71</sup> Fonte: Guia para análise econômica de Atos de Concentração Vertical. Portara Conjunta SEAE/SDE nº 50 de 1º de Agosto de 2001.

concentração como os de concentração de forma a favorecer a critério da discricionariedade pelo órgão antitruste.

Na parte das justificativas, o art. 54 incorpora tanto o ensinamento neoclássico quanto o intervencionista. Vêm previstas como justificativas a eficiência, a repartição de benefícios com o consumidor e o progresso tecnológico e econômico.

(...) essas justificativas requerem uma aplicação seletiva. Exatamente porque o artigo pretendeu englobar ambas as formas – concentração e cooperação econômica – é inviável, como se verá, aplicar todos os requisitos cumulativamente a ambas. Talvez entreendo esse problema, o legislador previu no § 2º do mesmo artigo 54 que é possível a dispensa de um dos requisitos previstos no § 1º desde que existente “motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou ao usuário final”. A formulação amplíssima do referido dispositivo permite na prática ao CADE decidir discricionariamente a respeito da dispensa de um dos requisitos.

(...)Em primeiro lugar, é preciso verificar a efetiva existência de eliminação substancial da concorrência (art. 54, § 1º, n. III), de forma a tornar o poder no mercado ilícito. A seguir é preciso determinar as justificativas capazes de fazer com que mesmo uma situação de poder no mercado se torne admissível.<sup>72</sup>

Como já foi visto, seria da própria essência das *joint ventures* as limitações da livre concorrência, de modo que esta é uma das hipóteses englobadas pelo referido artigo. Logo, o caso trazido como exemplo amolda-se perfeitamente ao que foi defendido tanto pelas autoridades da defesa da concorrência, quanto pelos doutrinadores. Até mesmo a diferença de posicionamento entre o Conselho, a SDE e a SEAE pode ser justificado com base no art. 54 da referida lei.

## **2. II. 5 Restrições**

Existem dois tipos de restrições possíveis de serem adotadas: as comportamentais e as estruturais. O controle estrutural é aquele que visa restabelecer a dinâmica concorrencial nos mercados relevantes, eliminando a necessidade de controles

---

<sup>72</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2007, p.176 e 177.

futuros. São exemplos desse tipo de medida a alienação de ativos de empresas, tais como a venda de marcas ou de fábricas e a quebra de patentes<sup>73</sup>.

Por exclusão, as medidas comportamentais são aquelas que não envolvem a alienação de ativos. Elas são celebradas, normalmente, via Termo de Compromisso de Desempenho (TCD). As empresas ficam obrigadas a agir de acordo com as cláusulas do TCD. Quando da adoção dessa medida, é importante ressaltar que análise antitruste deve se pautar no presente e não em condições futuras. Outro fator a ser considerado são os custos de monitoramento das atividades estabelecidas nas cláusulas de compromisso.

A FTC e a Comissão Européia defendem em seus *guidelines* que as restrições estruturais são preferenciais à restrições comportamentais. Os custos, rapidez e eficácia trazidas por esses tipos de restrições são as maiores vantagens das restrições estruturais.

Uma vez que a concentração tenha ocorrido, deve-se observar que apesar da implementação das restrições comportamentais impostas, as condições estruturais do mercado só serão restauradas após o cumprimento dessas medidas<sup>74</sup>. Nesse diapasão, os compromissos e metas estipulados devem ser possíveis de serem atingidos, preferencialmente num espaço curto de tempo. .

Frisa-se que compromissos de assumir determinado comportamento ou de não abusar da condição de posição dominante não são aceitáveis para a adoção de restrições comportamentais. Adota-se esse tipo de solução, normalmente, em casos de mercados emergentes, ou mercados em que as barreiras à entrada sejam baixas.

Para corroborar este estendimento, confira-se o entendimento do professor Salomão *infra*:

---

<sup>73</sup> Fonte: Guia de Análise Econômica – Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50 de 1º de agosto de 2001.

<sup>74</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2007, p.383

A existência de um controle comportamental mais efetivo com relação a muitas empresas com poder de mercado só é possível graças ao controle estrutural. É o caso, por exemplo, da concentrações sujeitas a compromisso de desempenho. Nesses casos, a existência de um controle comportamental mais agressivo só se torna possível em função da existência de um controle estrutural. Note-se também que esse controle dos comportamentos proporcionado pelo compromisso de desempenho é mais efetivo justamente porque, sendo baseado em dados estruturais colhidos no momento do ato de concentração, é um controle preventivo. Visa a não coibir abusos, condutas desleais ou tendentes à dominação de mercado, mas sim garantir o cumprimento de objetivos que evitem que esses fatos venham a ocorrer. Existe ainda um último dado de política concorrencial que torna extremamente sadia a existência de um controle estrutural. Trata-se da já mencionada preferência pela atuação preventiva em comparação com a atuação sancionatória.<sup>75</sup>

As restrições impostas pelas autoridades às empresas Suzano e VCP podem ser consideradas tanto comportamentais quanto estruturais: estruturais na medida em que determinam a alienação da marca Ripax de papel *cut size*; e, comportamentais porque a operação foi sujeita a celebração de TCD. A análise do caso será retomada na próxima Seção.

### **SEÇÃO III - *JOINT VENTURES* E DEFESA DA LIVRE**

#### **CONCORRÊNCIA: DA APLICAÇÃO DOUTRINÁRIA AO CASO CONCRETO**

O caso utilizado para este estudo cuida da incorporação do complexo industrial da Ripasa, pela VCP e pela Suzano. Cada uma das empresas formadoras do Consórcio tem direito a produção da empresa, na proporção de 50% para cada. Trata o caso, como já mencionado anteriormente, da constituição de uma *joint venture* cooperativa de produção na forma de consórcio, denominado Consórcio Conpacel.

Em certos casos, como no estudado, o contrato de *joint venture* poderá trazer desenvolvimento para as empresas e para o Estado, mas também prejuízos para a concorrência, os quais afetarão os consumidores finais. Isso porque o mercado tratado, o de celulose e papel é um mercado altamente oligopolizado.

Vale mencionar que o Brasil tem importância destacada na fabricação de celulose, em especial na celulose de fibra curta branqueada, produto para o qual a indústria nacional não encontra competidores à altura. Por esse motivo, o ingresso de novas entrantes, a rivalidade estabelecida pelos competidores atuantes no mercado e importações não são suficientes para contestar o eventual exercício do poder de mercado. Por conseguinte, o CADE impôs a aplicação de remédios comportamentais (exclusão das cláusulas de exclusividade com distribuidores) e estruturais (a venda da marca Ripax, uma das principais nos segmento de Papel de Imprimir e Escrever no formato *Cut-Size*). Portanto, a assinatura do Termo de Compromisso de Desempenho balizou as condições sob as quais a presente operação deveria ocorrer e foram essenciais para a aprovação da operação.

Entretanto, para afastar a possibilidade de cerceamento da concorrência torna-se imperativa a imposição de salvaguardas que mantenham as condições concorrenciais e reduzam os incentivos ao exercício de poder de mercado coordenado por parte das empresas controladoras da *joint venture*. Tais medidas podem ser restrições à troca de informações, comercialização de produtos de forma separada, exigência de corpo de funcionários próprio para cada empresa, entre outros requisitos. Evidentemente, as firmas saberão os custos de produção dos concorrentes, mas também estes podem ser de acesso ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o que permite um maior controle sobre potenciais práticas anticoncorrenciais.<sup>76</sup>

Entre as preocupações listadas, está a possibilidade de troca de informações entre concorrentes. As cláusulas contratuais fornecidas pelas Empresas estipulam que não haverá troca de informação entre as mesmas, uma vez que o Consórcio será gerido por um gerente operacional que o conduziria como se fosse independente fosse. Na prática, é difícil acreditar que a troca de informações não ocorrerá.

Apesar de não ter sido observado o acordo de acionistas das empresas que atuaram na operação, pois trata-se de documento confidencial ao qual não se teve acesso, é

---

<sup>75</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. ***Direito concorrencial: as estruturas***. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2007, p.384

<sup>76</sup> Trecho retirado voto- vogal do Conselheiro Abraham Sicsú na análise conjunta dos Atos de concentração 0812.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19.

fato que a *joint venture* se submete ao controle acionário das empresas adquirentes, ou seja, na prática o gerente operacional terá que se curvar à vontade dos acionistas.

Por conseguinte, ao optar pela desconstituição da operação, o Conselheiro Relator considerou este, entre outros fatores para concluir que embora a intervenção estatal não seja desejável, esta faz-se necessária. Para corroborar esse entendimento, reproduz-se trecho colacionado do voto do relator, *infra*:

Dessa forma, a idéia de abordar a questão da incerteza nas decisões do CADE em Atos de Concentração recorrendo-se à máxima “na incerteza, reina o princípio da livre iniciativa, devendo-se autorizar sem restrições o ato notificado”, não alcança a real complexidade do problema. A incerteza quanto à produção de efeitos anticompetitivos por um determinado ato é *conceitualmente inseparável* dos próprios *fundamentos jurídicos* desse tipo de regulação, *i.e.*, da restrição jurídica da liberdade de decisão dos agentes envolvidos, e a lei de defesa da concorrência é só uma dentre várias normas jurídicas cuja função é, precisamente, *regular as incertezas e os riscos* associados a externalidades negativas produzidas pelas decisões desses agentes. Nesse sentido, tais incertezas e riscos jamais devem ser concebidos como se fossem *limites* dessa regulação.

Por essa razão, pretender enfrentar o problema da incerteza nas análises competitivas de atos notificados segundo o art. 54 da Lei 8884/94 invocando o princípio da livre iniciativa é colocar a própria questão em termos inadequados, pois o que está em jogo não é a tradicional oposição entre livre iniciativa e regulação, mas sim, o *trade-off* entre os riscos e incertezas aos quais a regulação visa responder, e os riscos e incertezas *gerados pela própria regulação* (sobretudo ao se levar em conta que há, nas legislações voltadas ao enfrentamento dos riscos gerados por ações dos agentes econômicos, um “viés pró-interesse difuso” na solução desse tipo de *trade-off*). A Lei 8.884/94, em particular, expressa, nessa mesma direção, uma visível assimetria no tratamento dispensado aos riscos e incertezas associados a decisões terminativas do CADE nos procedimentos de Atos de Concentração: aos riscos e incertezas relacionados à autorização de atos potencialmente anticompetitivos atribuiu-se um peso significativamente maior do que o atribuído aos riscos e incertezas associados à não autorização de atos que não exibam essa propriedade.

Decisões finais no âmbito de Atos de Concentração são decisões sob incerteza nas quais, *idealmente*, operações devem ter a sua realização autorizada se e somente se os ganhos sociais líquidos esperados a elas associados não são inferiores aos ganhos sociais líquidos esperados associados à decisão de não autorizar a sua realização (ou de autorizá-la mediante a imposição de restrições). Evidentemente, as limitações cognitivas e informacionais às quais está sujeita a atividade do julgador impedem a transformação desse critério ideal em uma *regra de decisão*, recomendando,



ao invés disso, a adoção de algoritmos compostos de regras simples de parada (*e.g.*, as regras que governam as análises de atos de concentração usados na maior parte das jurisdições) que assegurem certa rotinização e um maior grau de objetividade aos processos decisórios.<sup>77</sup>

Em sentido oposto está o entendimento da Presidente do CADE, Elizabeth Farina, e do Conselheiro Abraham Sicsú, que iniciou a divergência e relatou o acórdão condicionando a operação ao Termo de Compromisso de Desempenho. Para fins de ilustração dessa posição, está colacionado abaixo trecho do voto da Presidente Elizabeth Farina:

A descrição dos mercados relevantes nesses termos afasta a preocupação com o exercício unilateral do poder de mercado, mesmo observado algum aumento no grau de concentração. Entretanto, os incentivos à colusão colocam o problema de a operação sob análise ter o condão de aumentar tais incentivos.

Em tese, o consórcio pode ter efeitos sobre os incentivos ao conluio, pois melhoraria a informação sobre custos de um rival importante. Os custos de parte importante da produção [REDACTED] serão conhecidos pelos consorciados, assim como a reação a custos a variações ou choques nas condições de Mercado dos insumos. Contudo, o valor dessa informação tende, na margem, a não ser importante, uma vez que esse setor não tem grandes imperfeições de informação sobre tecnologia, custos de insumos e preços, de forma que o consórcio não altera substancialmente as condições dadas.

(...) Ainda assim, há que se manter o monitoramento para que o consórcio não se transforme em base para o conluio ou crie instrumentos de retaliação contra estratégias competitivas agressivas. O fato de o arranjo atual conter salvaguardas não garante por si só, a manutenção da estrutura de governança do consórcio após a decisão do CADE.

(...) por todo o exposto, mister a imposição de medidas comportamentais, por meio da celebração de Termo de Compromisso de Desempenho, nos termos do artigo 58 da lei 8884/94, vez que as condições estruturais do Mercado e o padrão de concorrência vigente, especialmente no Mercado de papéis não revestidos, favorecem o conluio tácito. Registre-se que estratégias deliberadas que visem torná-lo efetivo poderão exigir situações de cunho estrutural, nos termos do artigo 55 c.c 24, V, da Lei 8884/94.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Trecho retirado voto do Relator, Luiz Fernando Schuartz na análise conjunta dos Atos de concentração 0812.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19. p.9

<sup>78</sup> Trecho retirado voto- vogal da Presidente do CADE, Elizabeth Farina, na análise conjunta dos Atos de concentração 0812.010192/2004-77 e 08012.010195/2004-19. p.9

Fato é que, se as determinações do TCD não forem obedecidas, poderá haver coordenação de condutas que podem implicar em malefícios para o consumidor.

É interessante refletir se de fato houve acerto ou desacerto no processo decisório. A Comissão Européia reconhece que o princípio básico da adoção de medidas comportamentais é garantir a competição nos casos em que as restrições estruturais não possam ser aplicadas, ou nos casos em que o controle estrutural deva ser transformado em um controle comportamental para ter maior utilidade e eficácia aplicativa. Demonstrou-se que os compromissos de desempenho são instrumentos eficazes para garantir que essa transformação se opere, desde que respeitados certos limites. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por outro lado, reconhece que a adoção de medidas estruturais costuma ser mais eficiente<sup>79</sup>.

Na mesma linha da decisão deste caso, foi proferido voto no caso do Ato de Concentração entre as empresas *Air Liquide* e *White Martins*,<sup>80</sup> pelo qual a *Air Liquide* e a *White Martins* constituíram uma *joint venture* para fornecimento de gases atmosféricos (oxigênio, nitrogênio e argônio), ar seco comprimido e ar para alto-forno à Companhia Siderúrgica do Atlântico (CSA). Na referida operação, o fornecimento de gases atmosféricos à CSA consistiu na construção de unidades de separação de ar (ASUs – Air Separation Units), em que a *White Martins* e a *Air Liquide* preteriam construir duas ASUs próximas à planta da CSA, de modo que ambas funcionariam simultaneamente. Nesse caso, o Conselheiro Relator, Paulo Furquim de Azevedo, que encontrava-se impedido na ocasião em que foi proferido o voto sobre o consórcio Conpacel, votou pela aprovação da operação condicionada à assinatura de TCD.

---

<sup>79</sup> Informação retirada da Notícia “OCDE diz que atuação antitruste é exemplo para América Latina”, retirada do site do CADE. [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br), acessado em 14/05/2010.

<sup>80</sup> Ato de Concentração nº 08012.011196/2005-53.

O TCD, dentre outras cláusulas, determina que a *White Martins* e a *White Martins Steel* se obriguem a contratar, no prazo de até 120 dias após a celebração do TCD, gestor independente que as representará no Consórcio nos moldes estabelecidos no caso do Consórcio Conpacel, objeto deste estudo.

Assim, a *White Martinse* a *Air Liquide* se obrigariam a realizar a retirada e a comercialização dos excedentes de maneira totalmente independente, sendo vedado qualquer compartilhamento das receitas correspondentes e de quaisquer informações a esse respeito, sobretudo quanto ao destino e valores envolvidos, nos moldes do Consórcio Conpacel.

Até o presente momento, o TCD referente ao Consórcio Conpacel, objeto deste estudo, tem sido cumprido. O último documento referente ao caso, que comprova o cumprimento das obrigações assumidas no TCD é de 2009, não havendo notícias ainda em 2010. Vale frisar que a operação foi anunciada em 2004, havendo o seu julgamento ocorrido em 2007. Acredita-se que o Conselho haja levado em consideração, inclusive, a dificuldade para a desconstituição da operação três anos após a submissão da operação. Isso porque a desconstituição mais famosa de que se tem notícia, a do caso Nestlé/Garoto, permanece até os dias atuais sob litígio no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Nesse diapasão, a aprovação da operação com restrições é coerente e, alinha-se com o entendimento adotado em casos semelhantes, bem como está em consonância com a doutrina. Resta aferir se esta foi a decisão mais acertada no caso em concreto, o que só poderá ocorrer com o passar dos anos.

## CONCLUSÃO

Depois de analisados os pontos fundamentais do caso do Consórcio Conpacel, consolidado pela incorporação da empresa Ripasa pela VCP e Suzano, bem como os principais pontos relativos a doutrina, é possível chegar a algumas conclusões. A principal delas diz respeito à formação de *joint ventures*, que equivalem a estratégias inteligentes para a sobrevivência da empresa nacional frente às exigências do mercado.

Para corroborar tal entendimento, a liberdade de iniciativa desempenha papel chave na garantia de um ambiente concorrencial saudável. O artigo 170 estabelece a livre iniciativa como um dos princípios basilares da Constituição Brasileira, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica. Contudo, para inibir o uso incorreto do poder de mercado, impõe-se a defesa do consumidor por meio do CADE, a quem compete decidir sobre a existência de infração à ordem econômica.

São detectadas, entretanto, algumas falhas no sistema. A principal delas no tocante à indeterminação por parte da lei antitruste brasileira das condições necessárias e suficientes para a caracterização de uma conduta como infração. A lei determina que crime contra a ordem econômica seria qualquer conduta que prejudicasse o bem estar social. Existe um elevado grau de subjetividade nesse conceito, principalmente dentro dos frágeis limites que separam a cooperação da concentração empresarial.

O caso utilizado para este estudo trata da incorporação do complexo industrial da Ripasa, pela VCP e pela Suzano. Cada uma das empresas formadoras do Consórcio tem direito a produção da empresa, na proporção de 50% para cada. Tal constituição permite que empresas concorrentes cooperem entre si para um fim específico, no caso abordado, a produção conjunta de papel e celulose, através da redução dos custos de

produção, apesar das empresas permanecerem como concorrentes nos mercados em que atuam.

Em certos casos, como no presente, o contrato de *joint venture* poderá trazer desenvolvimento para as empresas e o Estado, mas também prejuízos para a concorrência, os quais poderão afetar os consumidores finais. Isso porque o mercado tratado, o de celulose e papel, é um mercado altamente oligopolizado, caracterizado pela necessidade de altos investimentos e pela longa maturação, de forma que a escala de produção das fábricas de pasta celulósica é elevada e as empresas costumam integrar todas as etapas do processo produtivo, atuando desde a etapa florestal até a comercialização do papel.

A empresa Ripasa era uma das cinco principais produtoras de papel e celulose do país. Com a sua saída do mercado, e compra por duas das suas principais rivais, não apenas o mercado fica ainda mais oligopolizado, como também duas das principais *players* brasileiras, a Suzano e a VCP, tem favorecidas as condições para um possível acordo entre concorrentes.

Por isso, no caso das *joint ventures* é necessário um cuidado adicional: a independência da atividade econômica dessas, aliada à possibilidade de atuação no mesmo mercado facilita a troca de informações. Tal fato ocorre apesar das cláusulas contratuais fornecidas pelas empresas estipular que não haverá troca de informação, uma vez que o Consórcio será gerido por um gerente Operacional que o conduziria como se independente fosse, apenas dividindo a produção.

Se as determinações do Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) não forem obedecidas, poderá haver coordenação de condutas que podem implicar em malefícios para o consumidor. Os Conselheiros, no entanto, concluíram que é pouco provável o exercício do poder de mercado. No entanto, como condição para a aprovação da operação, o CADE se

propôs a fiscalizar as atividades empresariais do Consórcio Conpacel por meio do TCD assinado pelas empresas.

Além disso, o TCD tratou da imposição de remédios comportamentais (exclusão das cláusulas de exclusividade com distribuidores), bem como a venda da marca RIPAX, uma das principais nos segmento de Papel de Imprimir e Escrever no formato *cut size* devido à alta concentração e probabilidade de exercício de poder de mercado neste segmento. A assinatura do TCD serviu para balizar as condições em que a presente operação deve se basear, não obstante ao aconselhamento do Relator pela desconstituição da operação.

Em alguns casos, é importante destacar que os órgãos de defesa da concorrência não têm controle sobre o comportamento do mercado. Apesar do TCD ter estipulado a venda da marca RIPAX para uma terceira empresa que detivesse menos de 20% de participação no mercado doméstico (fator que inviabilizava a venda para a norte-americana International Paper (IP), líder no segmento, com aproximadamente 35% de participação no mercado), a compra pela Nobrecel, outra concorrente, não representa, necessariamente, uma boa solução. Segundo o relatório anual da empresa, esta atravessava dificuldades na época da aquisição da marca RIPAX, havendo anunciado que esperava a ajuda dos seus acionistas para melhorar o capital de giro e continuar a solver suas obrigações e possibilitar a continuidade normal de seus negócios.

Talvez a aquisição pela Internatiotal Paper representasse um cenário ainda pior, haja vista o contrato de permuta estabelecido com a VCP, o que tornaria o segmento de papeis e celulose ainda mais oligopolizado. É importante ressaltar que, em ato posterior ao estudo desse caso, a VCP anunciou a intenção de comprar a empresa Aracruz, outra competidora de peso em diversos segmentos analisados como fundamentais para a aprovação

dos atos de concentração aqui reportados. Não há solução perfeita, e a oligopolização do setor de papéis e celulose parece ser uma característica desse mercado.

Conclui-se, portanto, que na maior parte das vezes, as autoridades deparam-se com a escolha de um cenário incerto decorrente da aprovação de determinadas operações, no entanto decide por aprová-las ou condicioná-las, sempre que possível, à adoção de medidas comportamentais por considerar ser mais favorável a não intervenção estatal e acreditar na probabilidade dos benefícios das operações superarem os malefícios em obediência aos ditames da Constituição Federal e em respeito ao princípio da livre iniciativa. O Estado só intervém quando necessário, pois no Brasil não se adota a regra *per se*, mas a regra da razão.

Isso porque, apesar da redução no número de *players*, é possível a manutenção das fábricas e a geração de benefícios como a criação de novos empregos para a população e a redução de custos de produção para as empresas. Mais uma vez enfrenta-se a dificuldade para mensurar as eficiências econômicas versus o potencial abuso do poder econômico. Do ponto de vista técnico, poder de mercado significa a capacidade de impor preços acima dos custos com redução da quantidade ofertada a um nível inferior ou eficiente. Tal conduta ocorre, normalmente, pela falta de competição no mercado. A concentração não significa que o monopolista irá exercer o poder de mercado, mas denota o potencial de fazê-lo.

Diante desse cenário, é compreensível a divisão do Conselho no momento da votação, com a necessidade do voto de Minerva proferido pela então Presidente do Conselho. É complexo definir se a decisão correta foi tomada, mas é compreensível a possibilidade de serem consideradas lícitas as práticas que, embora restritivas da concorrência, acabem por trazer benefícios ao sistema. É uma tendência atual que, cada vez

mais, a Lei Antitruste seja utilizada como um instrumento de política pública viabilizando a reestruturação do mercado com base em seus princípios.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Antitrust Law Development*. 5º ed. Chicago. ABA Book Publishing, 2002.

BARTLETT, Chirstopher. **Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE)**. Out/nov./dez. de 1995, ano XI, . 45, Rio de janeiro, Brasil.

BASSO, Maristela. ***Joint ventures: manual prático das associações empresariais***. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BETRAN, Maria Paula. **Os requisitos para consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável**. Revista do IBRAC. São Paulo: IBRAC, v. 12, n. 2, 2005.

CARVALHO, Patrícia. ***Joint venture – um olhar voltado para o futuro***. Revista de direito privado, São Paulo, ano 2, nº 6, p. 162-172, abr-jun/2001.

CARVALHO, Patrícia. ***Joint venture – uma visão econômico-jurídica para o desenvolvimento empresarial***. 1 . ed. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

CAVALCANTE, Amanda Barcellos. **As *Joint Ventures* para exploração e produção de petróleo e gás: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Natal, 2004.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia prático do Cade: a defesa da concorrência no Brasil**. São Paulo, 2000.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. RESOLUÇÃO N. 20, de 9.6.1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. D.O.U. de 28.6.1999, anexo I.

DISTRITO FEDERAL. LEI N. 8.884, de 11.6.1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. D.O.U de 13.6.1994, p. 8.437.

DISTRITO FEDERAL. LEI N.º 8.158, de 8.1.1991. Institui normas para defesa da concorrência e dá outras providências. D.O.U. de 9.1.1991.

DISTRITO FEDERAL. LEI Nº 4.137, de 10.9.1962. Regula a repressão ao poder econômico. D.O.U. de 12.11.1962.

FERRAZ, Daniel Amin. ***Joint venture e contratos internacionais***. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

FERRAZ, Daniel Amin. **Manual de Integração Regional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FONSECA, João Leopoldino. **Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à legislação antitruste**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GOYDER, D.G. **The Nature and Importance of Competition Policy**: EC Competition Law. Third Edition. Oxford University Press.

GUSMÃO, Mônica. **Direito Empresarial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 2. ed. EUA: West Group, 1999.

MALLARD, Neide Terezinha. **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico**. Disponível no site: [http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos\\_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf), acesso em 23/09/2009.

MALLARD, Neide Teresinha. **Concentração de empresas: livre concorrência e limites à liberdade de iniciativa**. 1997. . Dissertação. (Mestrado em Direito e Estado). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2000.

POPP, Carlyle e ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à nova lei antitruste**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NETO, Mário Pereira. **Joint Ventures com a Nova União Européia**. 1. ed. São Paulo, Aduaneiras, 1995

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo: as joint ventures na Indústria do Petróleo**. 2 ed atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial, volume I**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

- **Revista de direito da concorrência**. Brasília, IOB Informações Jurídicas e Publicações Oficiais.

- Revista do IBRAC, São Paulo

- VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 681 p.

**- SITES RELACIONADOS AO TEMA:**

[www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)§ acesso em 14/05/2010

[www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)§ acesso em 13/05/2010

<http://www.ftc.gov/>§ acesso em 22/05/2009

<http://ec.europa.eu/>§ acesso em 16/07/2009

[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)§ acesso em 13/08/2009

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)§ acesso em 18/05/2010

[www.uniceub.br](http://www.uniceub.br)§ (base de dados EBSCO) acesso em 18/05/2010

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)§ acesso em 11/04/2010

[www.usdoj.gov/aatr/public/guidelines/205108.htm](http://www.usdoj.gov/aatr/public/guidelines/205108.htm)§ acesso em 09/09/2009

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ>§ acesso em 04/09/2009

<http://www.ftc.gov/bc/bestpractices/foerarticle.pdf>§ acesso em 04/09/2009